

FACE À LA MALADIE MORTELLE : DEUX DÉCISIONS POSSIBLES ET LEURS IMPLICATIONS JURIDIQUES

Suzanne Philips-Nootens

Volume 12, Number 2, 1982

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110299ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19550>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Philips-Nootens, S. (1982). FACE À LA MALADIE MORTELLE : DEUX DÉCISIONS POSSIBLES ET LEURS IMPLICATIONS JURIDIQUES. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 12(2), 433–461. <https://doi.org/10.17118/11143/19550>

FACE À LA MALADIE MORTELLE: DEUX DÉCISIONS POSSIBLES ET LEURS IMPLICATIONS JURIDIQUES

par Suzanne PHILIPS-NOOTENS*

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE: L'EUTHANASIE	435
A) LA DÉFINITION DE L'EUTHANASIE	435
1. La nécessité de préciser le concept	436
2. La distinction fondée sur le consentement	439
a) L'euthanasie involontaire ou forcée	440
b) L'euthanasie volontaire et non volontaire	440
B) LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'EUTHANASIE	441
1. La loi et l'attitude des tribunaux	441
2. La controverse doctrinale: partisans et adversaires de la "mort douce"	444
3. Une nouvelle législation est-elle nécessaire?	446
DEUXIÈME PARTIE: LA CESSATION DE TRAITEMENT	449
A) L'ARRÊT DES MOYENS EXTRAORDINAIRES DE TRAITEMENT	450
1. Le patient capable	450
2. Le patient incapable	452
a) La qualité de la vie	452
b) La théorie du jugement substitué	454

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

B) L'ARRÊT DE TOUT TRAITEMENT:	
LA MORT DU PATIENT	456
1. La mort de la personne ou la mort biologique	456
2. Les critères actuellement admis	458
CONCLUSION	459
ANNEXE A	460

“... la mort est le seul dieu qui ne veut pas d’offrandes;
Et l’Amour qui peut tout est sur lui sans pouvoir...”
Eschyle (VI^e Ve S. av. J.C.)

Les philosophes ont coutume de nous enseigner que la mort est la seule certitude. Certitude entourée de mystère, cependant, sur les circonstances qui nous y mèneront. Nul ne peut donc prétendre qu’un cruel dilemme ne surgira pas, à ce moment, pour lui ou pour l’un des siens. Médecins, philosophes, juristes ont écrit avec passion: le vécu quotidien de la souffrance, le pourquoi et le comment de notre être éternel, la loi enfin, reflet d’une société en perpétuel devenir. Ces trois aspects sont, dans notre sujet, indissociables.

Nous n’avons pas la prétention de faire, en quelques pages, une étude exhaustive d’un sujet sur lequel se sont penchées tant d’autorités compétentes. Nous voulons seulement nous attacher à en souligner certains points particuliers, marqués de vives controverses doctrinales, mettant en relief le fossé qui sépare souvent la loi et l’opinion publique en ce domaine. Notre première partie sera consacrée à l’euthanasie. Nous nous efforcerons d’abord d’en préciser le concept: les interprétations de la doctrine sont en effet multiples. Nous considérerons ensuite l’euthanasie confrontée au droit existant, et les modifications législatives souhaitées par certains. Dans la deuxième partie, nous aborderons la cessation de traitement, en distinguant l’arrêt des moyens extraordinaires et l’arrêt de tout traitement, qui implique la mort du patient. Notre étude est donc tout entière centrée sur le patient atteint d’une affection incurable, parvenue au stade terminal de son évolution¹.

PREMIÈRE PARTIE: L’EUTHANASIE

A. LA DÉFINITION DE L’EUTHANASIE

Les auteurs englobent sous le vocable d’“euthanasie” des réalités fort différentes. Néologisme créé au XVII^e siècle par le chancelier Francis Bacon², et signifiant étymologiquement “bonne mort, mort douce et sans souffrance”, l’euthanasie est cependant aussi une doc-

-
1. Nous n’entendons pas aborder ici le problème des ressources financières ou sociales limitées, ni celui de la sélection des patients en fonction de tels critères.
 2. L. DEROBERT, *Droit médical et déontologie médicale*, Paris, Flammarion, 1974, p. 329; F. SARDA, *Le droit de vivre et le droit de mourir*, Paris, Seuil, 1975, p. 150; L. KORNPBST, *Responsabilité des médecins devant la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Flammarion, 1957, pp. 517, 520.

trine, une théorie selon laquelle il est légitime d'abrèger la vie d'une personne incurable pour mettre fin à ses souffrances³. Elle a donc cessé de désigner exclusivement une mort paisible, considérée objectivement, et a étendu sa signification à une intervention extérieure faite en vue d'abrèger la vie d'une personne. Plus encore, des sociétés férues d'eugénisme l'ont appliquée à l'être anormal, asocial, malformé... Pour évoquer l'histoire de l'euthanasie, nous devrions remonter à la haute antiquité⁴.

1. La nécessité de préciser le concept

La nécessité de redéfinir les termes pour nous entendre sur le concept s'avère impérieuse quand nous constatons que certains auteurs, tel Derobert, y englobent même le suicide:

"Par extension naturelle, l'euthanasie représente encore la faculté de mourir volontairement et tranquillement chaque fois que l'homme désirera suppléer à toute omission de la Providence... (Elle) peut être pratiquée soit par le malade lui-même, soit par une tierce personne"⁵.

Pourtant le suicide, acte de s'enlever volontairement la vie, pour quelque motif que ce soit, constitue une entité bien définie: si la tentative ne tombe plus sous le coup du Code pénal canadien, l'aide ou l'encouragement au suicide est toujours prohibé par l'article 224 C.Cr. L'on a qualifié parfois l'euthanasie de "suicide assisté": le malade veut mourir mais n'est pas en mesure d'y pourvoir lui-même⁶. S'il est vrai qu'au niveau de la motivation on peut rapprocher l'euthanasie de la complicité de suicide⁷, il reste que la loi distingue clairement entre les deux et qu'il nous faut garder cette distinction. Nous parlerons donc d'euthanasie quand il y a intervention d'une autre personne dans le processus mortel qui ronge le patient incurable, et d'euthanasie médicale si cette autre personne est un médecin⁸.

Dans l'euthanasie dite active ou positive, un acte positif, ou commission, est accompli délibérément pour abrèger une existence

3. Dictionnaire Robert, Petit Larousse illustré, Black's Law Dictionary, Webster's Dictionary.

4. Pour un très bon aperçu historique: J.B. WILSON, *Death by Decision*, Philadelphia, Westminster Press, 1975, pp. 19 à 45.

5. DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 329, 331 et 332.

6. Richard NICHOLSON, "Should the Patient Be Allowed to Die?", (1975) 1 *Journal of Medical Ethics* 3.

7. KORNPROBST, *op. cit. supra*, note 2, 518.

8. T.L. BEAUCHAMP et L. WALTERS, *Contemporary Issues in Bioethics*, Encino, Californie, Dickenson, 1978, p. 287; A. MORRIS, "Voluntary Euthanasia", dans N. KITTRIE ET AL., *Medicine, Law and Public Policy*, vol. 1, New York, AMS Press, 1975, p. 522.

douloureuse ou sans signification. Russell la subdivise encore en euthanasie directe et indirecte: directe si elle vise principalement à mettre fin à la vie, indirecte lorsque l'on donne des médicaments analgésiques en quantité telle qu'ils risquent de hâter la mort⁹.

Nous ne pouvons être d'accord avec cette dernière distinction. Dans ce que Russell appelle euthanasie active indirecte, il manque un élément essentiel au concept, à savoir l'intention première de provoquer la mort. Le premier devoir du médecin est d'accorder à son patient les meilleurs soins possibles et de soulager sa souffrance, même au prix d'un effet secondaire non recherché. Ce faisant, il pose un acte à double effet: son but primordial est l'analgésie, accessoirement il peut risquer d'accélérer le processus mortel¹⁰. L'immense majorité de la doctrine récente est en ce sens, et cette manière de voir a reçu l'approbation de toutes les associations médicales ainsi que des plus hautes autorités religieuses¹¹. Il faut donc exclure cette éventualité du concept d'euthanasie. La loi aussi fait cette distinction: le médecin qui vise avant tout à soulager son patient ne commet pas un acte illégal et ne peut donc tomber sous le coup de l'article 205 C.Cr. Seuls quelques auteurs, encore imbus de la notion de rédemption par la souffrance, professent l'opinion contraire: pour eux, il y a euthanasie dès que l'on s'abstient de faire absolument tout ce qui est possible pour garder le malade en vie¹².

Joseph Fletcher ajoute à la confusion en appelant euthanasie directe l'euthanasie active, et indirecte l'euthanasie dite "passive" dont nous allons parler plus loin. Nous ne mentionnons ici son interprétation, rapportée par Keyserlingk, que pour l'écarter, à l'instar de Ramsey et Keyserlingk¹³.

-
9. O.R. RUSSELL, *Freedom to Die*, New York, Human Sciences Press, 1975, p. 19; T.D. MARSHALL, *The Physician and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 1979, p. 26.
 10. G. MEMETEAU, "La demande de mort du malade", *Rapport du 5e Congrès mondial de droit médical*, p. 220; E.W. KEYSERLINGK, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1979, p. 129.
 11. *Ibid.* Voir aussi DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 336; *Pie XII*, discours au Congrès international de neuro-psychopharmacologie, Rome 1958, cité par Derobert, *ibid.*; Code de déontologie médicale, *Règlement en vertu du Code des professions* (L.R.Q., c. C-26, art. 87) 2.03.27: "Le médecin doit agir de telle sorte que le décès d'un patient qui lui paraît inévitable survienne dans la dignité. Il doit assurer à ce patient le soulagement approprié".
 12. Notamment KORNPROBST, *op. cit. supra*, note 2, 523.
 13. KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 128, 129; P. RAMSEY, *The Patient as Person*, New Haven and London, Yale University Press, 1979, p. 151.

L'euthanasie dite passive ou négative signifie, pour les auteurs partisans de cette appellation, renoncer à l'utilisation de mesures extraordinaires destinées à maintenir la vie dans des cas désespérés, lorsque ceci n'aboutit qu'à prolonger de façon injustifiable la souffrance ou l'inconscience du patient¹⁴. Pour notre part, nous faisons nôtre l'interprétation de ceux qui ne voient pas dans cette attitude un élément d'euthanasie. Laisser mourir dans la dignité un patient qui ne peut plus être sauvé, quels que soient les moyens employés, fait partie du devoir sacré du médecin à son égard¹⁵. Cesser un traitement devenu inutile, ou ne pas entreprendre un tel traitement, entre dans le cadre d'une obligation de soins bien comprise. Le médecin n'abrège pas sciemment et volontairement la vie du patient: il ne fait que reconnaître son impuissance à combattre plus longtemps la mort inévitable. Dans ces circonstances, ce n'est pas le fait de cesser le traitement qui est illicite, c'est à notre avis le fait de le continuer. Nous écartons donc le vocable "d'euthanasie passive" dont les deux termes sont contradictoires, et nous parlons plutôt de "permettre la mort", ou "laisser mourir", ou "cessation de traitement", adoptant en cela l'opinion de Beauchamp et Walters¹⁶, et celle de Keyserlingk¹⁷.

On pourrait nous objecter que le fait de tuer quelqu'un par omission pourrait s'intituler "euthanasie passive" ou "euthanasie par omission". Sans entrer dans le débat moral et philosophique sur la distinction entre "tuer" et "laisser mourir", débat dont Keyser-

14. RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 20; MARSHALL, *op. cit. supra*, note 9, 26; NICHOLSON, *loc. cit. supra*, note 6, 3; J. FLETCHER, rapporté par KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 128-129. Nous regrettons vivement, en toute déférence, que le traité de droit de la santé n'ait pas tranché la confusion qui règne dans les termes et persiste à parler d'"euthanasie passive": A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1981, p. 151, no 259.

15. Code de déontologie médicale, 2.03.27, *loc. cit. supra*, note 11.

16. BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 286. Nous sommes en vif désaccord sur ce point avec LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit. supra*, note 14, p. 157, no 265, qui affirment: "Il est bien évident que l'acte du médecin qui interrompt le traitement extraordinaire constitue un acte d'euthanasie".

17. KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 127. "L'euthanasie passive" est "l'orthothanasie" de certains auteurs européens, par opposition à la "dysthanasie" qui est le maintien en vie à tout prix d'un malade réputé incurable, X. RYCKMANS, *Les droits et les obligations des médecins*, Bruxelles, Larcier, 1971-72, p. 70. Et "l'antidysthanasie" de Fletcher revient donc à la cessation de traitement. KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 127 et ss.

lingk fait un excellent exposé¹⁸, nous répondrons que cette appellation ne nous semble pas non plus adéquate. En effet, si on laisse intentionnellement mourir par défaut de soins, ou abstention de donner un médicament utile, une personne qui peut encore être sauvée, il s'agit véritablement d'un homicide, auquel l'euthanasie active est assimilée, comme nous le verrons plus loin. En effet, l'article 207 C.Cr. assimile l'acte fatal et l'omission fatale comme cause de la mort, et en fait un homicide dans les deux cas¹⁹. De plus, il semble douteux qu'une telle abstention provoque une "mort douce": elle ne mériterait donc même pas le vocable d'euthanasie²⁰.

Par contre, lorsque le médecin, impuissant à sauver son patient vu la gravité de sa maladie, cesse le traitement, l'abstention n'est pas cause de la mort: cette dernière réside dans l'affection même. Ici, contrairement à la situation précédente, l'omission est justifiée²¹. Nous aboutissons donc à une distinction qui, à la fois, correspond mieux au sens ordinaire des termes, et à la notion de causalité face à la mort du patient²²: d'une part l'euthanasie, dans laquelle une personne, délibérément, pose un acte destiné à abrégé instantanément la vie d'un patient souffrant d'une maladie incurable, douloureuse, parvenue à un stade avancé de son évolution, et d'autre part la cessation de traitement, qui consiste à s'abstenir de prolonger indûment la vie d'un tel patient²³.

L'euthanasie, ainsi définie, requiert alors une autre distinction.

2. La distinction fondée sur le consentement

L'acte posé pour mettre fin à la vie du patient peut l'être à sa demande ou avec son accord: c'est l'euthanasie volontaire. Pratique

18. KEYSERLINGK, *ibid.*

19. Cet article ne s'applique cependant pas dans le cas d'une poursuite pour négligence criminelle: voir l'arrêt *R. v. G.L. Germain*, (1976) C.A. 185.

20. Pour James Rachels, il n'y a pas de distinction morale entre tuer et laisser mourir: ceci est une action et non une omission, dit-il. Mais l'exemple qu'il donne est non pertinent car il s'agit de quelqu'un qui peut être sauvé. J. RACHELS, "Active and Passive Euthanasia", dans BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 291.

21. En ce sens, G. FLETCHER, "Prolonging Life; some Legal Considerations", in BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 295, 297: s'il s'agit d'une omission, il faut l'analyser dans le cadre de la relation médecin-patient pour déterminer la responsabilité. À l'opposé, s'il s'agit d'un acte, il n'y a pas de problème au point de vue responsabilité criminelle.

22. BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 286.

23. C'est la classification de G. FLETCHER et de l'"American Medical Association": BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 287, 288. Nous référons, pour la cessation de traitement, à la deuxième partie du travail.

sans son consentement, il demande une nouvelle distinction: tout d'abord, l'euthanasie involontaire ou forcée, imposée à la victime, ensuite l'euthanasie non volontaire, pour laquelle le consentement du patient lui-même ne peut être obtenu, qu'il s'agisse d'un nouveau-né ou d'un malade dans le coma, ou de toute autre personne incapable de donner un consentement²⁴. L'euthanasie volontaire et non volontaire reposent sur la même base, tandis que l'euthanasie involontaire ou forcée est un phénomène sociologique tout à fait différent.

a) L'euthanasie involontaire ou forcée

Nous n'avons pas l'intention de nous étendre sur cet aspect. Forme la plus extensive de la théorie, elle ne repose pas, comme les autres, sur un sentiment de pitié envers l'incurable ou sur la notion de sa dignité, mais bien sur des raisons d'eugénisme ou des critères socio-économiques: l'intérêt supérieur de la société prime sur celui de l'individu, dont l'opinion n'est même pas demandée. L'euthanasie de masse pratiquée par le régime hitlérien n'est pas si loin de nous. Mais ce qui laisse le plus songeur quant à la précarité de notre humanisme contemporain est notamment ce texte issu de la plume du docteur Alexis Carrel, futur prix Nobel de médecine:

"Pourquoi augmenter la durée de vie des gens qui sont malheureux, égoïstes, stupides et inutiles? C'est la qualité des êtres humains qui importe et non leur quantité..."²⁵.

Il est devenu classique de citer ce texte. Il n'est jamais inutile de le rappeler: car c'est à chaque instant qu'il faut être en éveil pour préserver les droits imprescriptibles de la personne humaine.

Cette forme d'euthanasie est un meurtre pur et simple, et elle est unanimement condamnée.

b) L'euthanasie volontaire et non volontaire

Dans la première, le patient lui-même demande la mort. Dans la seconde, c'est à la demande des proches ou du gardien légal qui a la responsabilité de décider pour le patient, que l'euthanasie est pratiquée. Nous les étudierons ensemble: toutes deux ont, ou devraient avoir, pour motivation essentielle le profond désir d'abrégé des souffrances intolérables ou une déchéance physique déshumanisante. L'intérêt du patient est au coeur de la décision.

24. O.R. RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 21.

25. F. SARDA, *op. cit. supra*, note 2, 153-154; DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 330; H. ANRYS, *Les professions médicales et para-médicales dans le marché commun*, Bruxelles, Larquier, 1971, p. 306.

“Aimer et voir souffrir, aimer peut-être encore plus parce qu'on voit souffrir... se mettre soi-même à hurler intérieurement contre cette souffrance insupportable, parce qu'elle est intolérable, inutile, atroce... S'emporter jusqu'à inviter la mort à agir vite, à terminer son assassinat et ses tortures... Se surprendre dans la tentation de l'aider... Le supplice de la souffrance du malade se double de celui qui le voit souffrir... Au lendemain du geste refusé, l'un dira qu'il a manqué de courage, l'autre qu'il a réussi à se contrôler. Le geste accompli, l'un sera navré d'en avoir eu la force et l'autre ne parviendra pas à se faire le grief d'en avoir eu la faiblesse”²⁶.

B) LES ASPECTS JURIDIQUES DE L'EUTHANASIE

1. La loi et l'attitude des tribunaux

À l'instar de plusieurs législations occidentales²⁷, la loi canadienne actuelle condamne sans équivoque l'acte d'euthanasie, dans lequel on retrouve les deux éléments constitutifs du meurtre: l'homicide coupable de l'article 205 C.Cr. et l'intention de donner la mort de l'article 212 C.Cr.

Les motifs qui déterminent la volonté de donner la mort ne sont pas pris en considération. Le consentement de la victime ne peut être une justification puisqu'il s'agit d'un acte illégal et d'ailleurs l'article 14 C.Cr. dénie formellement cette possibilité:

“Nul n'a le droit de consentir à ce qu'on lui inflige la mort, et un tel consentement n'atteint pas la responsabilité criminelle d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement”.

Sous le régime du droit civil du Québec, la licéité du consentement d'une personne permettant que l'on porte atteinte à son inviolabilité, tel que le prévoit l'article 19 C.c., reste sujette à l'exigence de l'article 13 C.c., donc soumise à la notion d'ordre public. Il est clair que l'article 19 du Code civil ne peut rendre valide une convention que condamne l'article 14 du C.Cr.²⁸.

L'auteur de l'euthanasie, s'il est médecin, s'expose également à des poursuites sur le plan professionnel, car il contrevient à l'article 2.03.01 du *Code de déontologie médicale* qui lui prescrit d'“exercer sa profession dans le respect de la vie, de la dignité et de la liberté de la personne humaine”^{28a}.

26. F. SARDA, *op. cit. supra*, note 2, 163.

27. Notamment la France (arts 295 et 296 du Code pénal), la Belgique, la Grande-Bretagne, les États-Unis. Différentes législations sont passées brièvement en revue par DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 340 et ss.

28. A. MAYRAND, *L'inviolabilité de la personne humaine*, Wilson & Lafleur, 1975, p. 20, no 12.

28a. *Loc. cit. supra*, note 11.

Un certain nombre de législations européennes font cependant une place à part à l'euthanasie en prévoyant "une atténuation de la peine en cas de meurtre par pitié, sur demande expresse de la victime"²⁹. Cette solution est impossible au Canada actuellement à cause de la formulation de l'article 218 C.Cr.

Comment ces lois ont-elles été et sont-elles appliquées à l'égard du crime d'euthanasie? Il n'y a pas, à notre connaissance, de jurisprudence canadienne portant sur le sujet. Ceci ne signifie pas que l'euthanasie n'est pas pratiquée, mais simplement qu'elle ne vient pas devant les tribunaux. Nous nous référerons donc à une jurisprudence américaine et européenne assez abondante. Nous ne citerons que certains cas, parmi les plus connus.

En France, en 1929, Richard Corbett tue, d'un coup de revolver dans l'oreille, sa mère qui agonise d'un cancer. Il est acquitté par le jury. En 1926, à Paris, Mme Uminska donne du poison à son fiancé qui meurt d'un cancer. Elle est acquittée³⁰.

Le 22 mai 1962, naît près de Liège, en Belgique, le premier enfant de Monsieur et Madame Van de Put. La petite Corinne a des embryons de mains palmées attachées aux épaules, les pieds sont déformés, elle a une fistule recto-vaginale. Cependant ses chances de survie semblent bonnes. Huit jours plus tard, chez elle, ayant obtenu une prescription de son médecin de famille, la mère donne au bébé un biberon contenant une forte dose de barbituriques. Quatre membres de la famille et le médecin sont traduits en justice pour meurtre et complicité de meurtre. Ils sont acquittés par le jury aux applaudissements du public³¹.

Wilson³² passe en revue les principaux procès qui eurent lieu sur ce continent. En 1938, le jury refuse d'inculper Harry Johnson qui a asphyxié son épouse. En 1939, Greenfield est acquitté du meurtre de son fils, arriéré profond. Braunsdorf au Michigan en 1950, Carol

29. DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 340; MEMETEAU, *loc. cit. supra*, note 10, 214. Notamment, la Suisse dont le Code fédéral fait de l'euthanasie un délit autonome, et ce depuis 1937. Aussi l'Allemagne fédérale, les Pays-Bas, l'Autriche, le Danemark...

30. Ces cas sont devenus "classiques" et sont rapportés notamment par DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 332.

31. C. MICHEL, "Note rétrospective sur le procès de Liège", dans *Peut-on tuer?*, Desclée de Brouwer, 1964, p. 9.

32. WILSON, *op. cit. supra*, note 4, 148 à 155. Certains de ces cas sont rapportés aussi par: RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 240; R. VEATCH, "Choosing Not to Prolong Dying", dans BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 301; C.P. KINDREGAN, *The Quality of Life*, Milwaukee, Bruce Publishing Co., 1969, p. 31.

Paight au Connecticut en 1950, Zygmanski au New Jersey en 1973, sont acquittés pour cause d'aliénation mentale temporaire et libérés. Deux médecins, le Dr Sander en 1950 et le Dr Montemarano en 1973, sont acquittés après avoir injecté, l'un de l'air et l'autre du chlorure de potassium, à un patient, et l'avoir inscrit au dossier: ils nient avoir voulu tuer et le jury accepte leur défense. D'autres accusés, après avoir été condamnés, ont bénéficié de remises de peines successives et recouvré assez rapidement la liberté. Ce fut le cas de Repouille, d'Harold Mohr, de Noxon³³.

Face à tous ces cas combien tragiques où juges et jurys firent prévaloir sur la lettre de la loi l'esprit de miséricorde qui avait animé les accusés vis-à-vis des victimes, l'affaire Simpson n'est pas moins douloureuse³⁴. Rentrant chez lui au cours d'une permission, pendant la guerre de 1914-1918, ce soldat trouve sa maison dans un triste état, et son fils hydrocéphale de deux ans complètement négligé par son épouse. L'enfant avait des crises de convulsions extrêmement douloureuses. Atterré à l'idée de repartir bientôt et d'abandonner le bébé, Simpson le tue. La défense de provocation, ici par un tiers (l'épouse), n'ayant pu être retenue, il ne fut pas admis de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. En conséquence, Simpson fut condamné à mort, le jury en appelant cependant à la clémence de Sa Majesté.

Nous nous trouvons donc dans une situation où l'application de la loi révolte la conscience. En conséquence les jurés, sauf dans le cas Simpson, s'ils sont convaincus que l'accusé a vraiment agi par pitié, répondent par la négative à la question du meurtre: pour sauvegarder l'équité, la seule issue est de nier l'évidence³⁵. Il est certain que si l'on cherche l'esprit de la loi, et non plus seulement la lettre, on scrute en vain l'acte d'euthanasie véritable pour y trouver l'intention de nuire: on n'y trouve que le désir de secourir la victime, indépendamment des conséquences. Comme le dit Russell, "si les lois sont tellement inadéquates et inhumaines que les gens compatissants ne veulent pas les appliquer, il est temps d'édicter de nouvelles lois"³⁶.

L'incertitude qui règne sur le sujet se manifeste aussi par le fait que des médecins réputés avouent publiquement pratiquer l'euthanasie active, sans qu'aucune poursuite soit prise contre eux. Léon

33. *Ibid.*

34. *R. v. Simpson*, (1915) 11 Cr. App. Rpts 218.

35. DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 341.

36. RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 218.

Schwartzberg, dans le livre poignant qu'il a écrit avec Pierre Viansson-Ponté, est l'un de ceux-là³⁷.

2. La controverse doctrinale: partisans et adversaires de la "mort douce"

"En face de la mort, on est toujours seul. En face de la mort d'un malade on est deux à être seuls. Il faut décider. Le médecin est amené à faire un choix. En conscience... la souffrance, c'est affreux et c'est inutile. L'euthanasie est parente du suicide... Il faut être logique: si l'on excuse, admet ou comprend le suicide, on doit défendre l'euthanasie qui est le suicide par personne interposée"³⁸.

Glanville Williams et les partisans de l'euthanasie volontaire exigent pour son application l'existence de critères bien précis, afin d'éviter tout risque d'abus: il faut que le patient souffre d'une maladie incurable dont l'issue est proche, éprouve des souffrances intolérables et incoercibles, ait un désir formel et raisonnable de mourir, et enfin, qu'il n'y ait pas de période de rémission possible³⁹.

Le consentement formel du patient est évidemment l'exigence la plus importante. C'est précisément à ce niveau que se situent les principales objections des opposants, vu les circonstances où ce consentement est donné. Memeteau se demande comment on peut être sûr que la requête n'a pas été suggérée, ou que le patient n'est pas victime d'un désespoir passager, ou d'une dépression induite par les médicaments, ces patients étant généralement déjà soumis à de fortes doses d'analgésiques? De plus, le malade a-t-il reçu toute l'information voulue pour prendre sa décision⁴⁰?

Il est certain que tout projet de ce genre est ambigu. Par exemple, si l'appel à la pitié en est l'argument de base, pourquoi seul le patient en train de mourir trouverait-il grâce, et pas celui dont la maladie est chronique, douloureuse, mais dont la mort n'est pas prévisible dans l'immédiat? Lui aussi peut demander la délivrance. Et

37. Léon SCHWARTZENBERG et Pierre VIANSSON-PONTE, *Changer la mort*, Albin Michel, 1977; voir aussi les cas rapportés par F. SARDA, *op. cit. supra*, note 2, 159 et ss.

38. SCHWARTZENBERG et VIANSSON-PONTE, *op. cit. supra*, note 37, 278, 280.

39. G. WILLIAMS, "Mercy-Killing Legislation", dans BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 318 et ss.

40. MEMETEAU, *loc. cit. supra*, note 10, 213, 220; J.A. BEHNKE et S. BOK, *The Dilemmas of Euthanasia*, New York, Double Day, 1975, pp. 3, 4. WILSON, *op. cit. supra*, note 4, 58, 59. Y. KAMISAR, "Some Non Religious Views against Proposed 'Mercy-Killing' Legislation", dans BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 308 et ss.

celui qui souffre d'abandon, de solitude? Où tracera-t-on la frontière?

Rachels voit le problème un peu différemment. Une fois que l'on a décidé de cesser un traitement jugé inutile et douloureux, il est cruel de laisser le malade à sa souffrance. À ce moment, l'euthanasie active est préférable à la simple cessation de traitement. Le processus mortel peut être long et pénible, tandis qu'une injection létale est rapide et sans douleur⁴¹. Mais n'oublions pas que cessation de traitement ne signifie pas cessation de soins, et que nous admettons que les analgésiques peuvent être employés en quantité suffisante pour soulager le malade, même si l'on risque par là d'abrégé sa vie⁴².

Indépendamment du patient lui-même et de sa souffrance, les principaux terrains d'affrontement des partisans et adversaires de l'euthanasie sont les suivants:

1) La possibilité d'une erreur de diagnostic: pour les uns, elle est négligeable au stade terminal d'une maladie, pour les autres la médecine n'est pas infaillible: si l'on s'est trompé et que l'on cesse simplement le traitement, le malade garde une chance, qui lui est enlevée si on pratique l'euthanasie active. Un seul exemple, présent à toutes les mémoires: on pensait que l'arrêt du respirateur abrégé la vie de Karen Quinlan: il y a six ans de cela, et elle respire toujours spontanément⁴³.

D'autre part, on sait avec quelle intensité se poursuivent les recherches médicales à travers le monde. Une maladie aujourd'hui sans espoir peut se guérir demain.

2) L'argument dit de la "pente dangereuse": une légalisation, même minime, de l'euthanasie aurait, pour l'individu et pour la société, des conséquences néfastes car elle ouvrirait la porte aux abus. Pour les uns, ce danger serait évité par une législation adéquate et serait peu probable en démocratie: le risque est compensé par le bienfait apporté aux malades souffrants. Pour les autres, l'euthanasie volontaire ouvrirait la porte à l'euthanasie involontaire ou non volontaire: certains projets de législation ont déjà suggéré de l'appliquer aux malades inconscients et aux nouveaux-nés anormaux⁴⁴. D'autre part, quand déterminera-t-on qu'un patient est mourant? Quel laps de temps exigera-t-on? Quelle sorte de pronostic?

41. J. RACHELS, *loc. cit supra*, note 22, 291.

42. Voir plus haut, le concept d'euthanasie, partie A) 1).

43. *In re Quinlan*, (1976) 355 A. (2d) 657.

44. Voir *infra*, note 47.

Nous pensons que le danger de "glissement" est extrêmement pertinent, si nous comparons, par exemple, avec ce qui s'est produit pour l'avortement: thérapeutique au départ, il est devenu pratiquement à demande dans beaucoup de centres^{44a}.

3) La confiance dans les rapports patients-médecins: elle pourrait faire place au doute et augmenter l'inquiétude des patients. Pour les uns, c'est l'inverse qui est vrai: le patient sentirait ses droits protégés par une bonne législation. Pour les autres, le patient pourrait se sentir "encombrant" et s'inquiéter de son sort.

Faire du médecin l'exécutant de la mort du patient bouleverserait toute l'éthique professionnelle au détriment de ce même patient⁴⁵.

4) Qui serait éligible pour l'euthanasie et qui déciderait? Les projets de lois les plus récents^{45a} visent uniquement le patient adulte capable de décider en toute connaissance de cause. Russell fait cependant un plaidoyer spécial pour les enfants sévèrement déficients. En effet, cette situation est illogique, dit Kamisar: si la compassion est la justification majeure de l'euthanasie, pourquoi justement en exclure ces enfants?

5) En l'absence de législation, les patients ne sont pas traités équitablement: ils dépendent du bon vouloir du médecin qui accepte ou non de prendre le risque de transgresser la loi. L'euthanasie clandestine est déplorable et dangereuse et il vaut mieux la légaliser. La réponse à cet argument rejoint celle soumise en 2)⁴⁶.

Diverses tentatives ont été faites pour amener les États à légiférer sur ce sujet.

3. Une nouvelle législation est-elle nécessaire?

Sans nous étendre ici sur tous les projets de lois autorisant l'euthanasie qui ont été proposés depuis le début de ce siècle aux États-

44a. En France, la loi du 17 janvier 1975 sur "l'interruption volontaire de grossesse" prévoit l'avortement, avant la 10e semaine, lorsque la femme se trouve dans une "situation de détresse" dont elle est seule juge.

45. Les références à ces divers points sont groupées à la note 46 ci-dessous.

45a. Voir plus loin, un aperçu de divers projets de lois.

46. Les arguments "pour" et "contre" l'euthanasie: RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 217 à 251; WILLIAMS, *loc. cit. supra*, note 39, 318 à 323; MORRIS, *op. cit. supra*, note 8, 528 à 534; RACHELS, *loc. cit. supra*, note 22, 291 et ss.; KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 127 à 140; KAMISAR, *loc. cit. supra*, note 43, 308 et ss.; MEMETEAU, *loc. cit. supra*, note 10, 214, 215; SARDA, *op. cit. supra*, note 2, 152 et ss.

Unis ou en Angleterre, ainsi que dans quelques autres pays d'Europe⁴⁷, nous pouvons résumer ainsi leurs exigences:

- une formule spéciale de demande d'euthanasie est remplie et signée par le patient en présence de deux témoins;
- deux certificats médicaux, attestant l'état du patient, sont remplis, l'un par le médecin traitant et l'autre par un médecin indépendant, et accompagnent la formule;
- ces documents sont envoyés soit à un juge, soit à une personne spécialement désignée par le ministère de la Santé, qui s'assure que les conditions sont remplies;
- une période de délai obligatoire d'au moins huit jours s'écoule entre l'approbation de la demande et la mise en oeuvre de l'euthanasie, période pendant laquelle le permis peut évidemment être révoqué en tout temps;
- si le permis n'est pas révoqué, l'euthanasie est alors pratiquée par le médecin en présence d'un témoin officiel.

Ces mesures, qui se veulent des garanties légales pour éviter les abus, sont sujettes à de nombreuses critiques: peu appropriées en présence de patients souffrants et mourants, elles semblent faire peu de cas de l'idée de miséricorde qui sous-tend la théorie de l'euthanasie. Williams lui-même suggère l'abandon de ces mesures encombrantes, pour se fier à la discrétion et au bon sens du praticien, après consultation avec un autre confrère⁴⁸. D'autres projets de loi requièrent seulement que le demandeur ait dix-huit ans et que son état soit attesté par deux médecins. Un autre projet encore prévoit que la requête peut être effectuée au nom d'un mineur ou d'un adulte incapable⁴⁹.

Pour les partisans de l'euthanasie légalisée, l'être humain a le droit de ne pas souffrir. Nous ne nierons pas cette assertion. Tout ce qu'il est possible de faire doit être fait pour soulager la souffrance.

L'être humain a aussi le droit de mourir dans la dignité, découlant de son droit à l'intimité ("right of privacy" des auteurs améri-

47. DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 340; RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 192 à 194; R.M. VEATCH, "Death and Dying: the Legislative Options", (1977) *Hastings Center Report* 5 (octobre). WILSON, *op. cit. supra*, note 4, 32 et ss. Citons par exemple l'Ohio et l'Iowa en 1906 et 1907, le Nebraska en 1938, New York en 1947, l'Idaho en 1969, le Montana et l'Oregon en 1973, la Grande-Bretagne en 1936...

48. Rapporté par WILSON, *op. cit. supra*, note 4, 159 à 161.

49. *Ibid.*

cains), ou à l'inviolabilité de sa personne. Il peut donc disposer de sa personne, par lui-même ou par ses gardiens légaux⁵⁰.

Nous endossons bien sûr sans réserve l'affirmation du droit à la mort dans la dignité. Mais nous ne pouvons accepter les conclusions qui en sont tirées. D'abord "droit à la mort dans la dignité" et droit à la mort ne sont pas synonymes. La mort est un phénomène qui va survenir de toute façon. En parlant du droit à la mort, on sous-entend donc le droit pour l'individu de hâter le moment de cette mort, par lui-même ou par l'intervention d'un tiers. Si ce droit est reconnu par une loi, il faut aider l'individu à exercer ce droit, une obligation en ce sens est créée pour la société, il faut aider le désespéré à se suicider, et pratiquer l'euthanasie à la demande du malade⁵¹. À travers toute la jurisprudence mentionnée plus haut⁵², n'existe aucune prise de position des tribunaux sur cette question fondamentale du droit à la mort.

Nous concluons cette première partie: une législation qui reconnaîtrait le droit à la mort, donc à l'euthanasie, ouvrirait une brèche extrêmement dangereuse dans le principe du respect dû à toute vie humaine. Par contre, nous avons vu le fossé qui sépare la loi de son application. Il serait souhaitable sans doute, à l'instar de certaines législations⁵³, de faire de l'euthanasie un délit distinct du meurtre, afin de pouvoir tenir compte des mobiles qui ont animé son auteur⁵⁴. Celui-ci est généralement celui qui a le plus aimé le malade, en a pris le plus grand soin, souvent pendant des années, et l'on comprend que le condamner comme vulgaire meurtrier révolte la conscience humaine.

D'autre part, laisser survenir dans la dignité une mort inévitable est un des corollaires du respect dû à toute personne humaine. La deuxième partie de cette étude est consacrée à ce point de vue.

50. RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 232.

51. KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 161; MEMETEAU, *loc. cit. supra*, note 10, 214; R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Paris, Masson, 1966, p. 32.

52. Voir plus haut, partie B) 1).

53. Voir *supra*, note 29.

54. Voir par exemple le projet de refonte du Code pénal français, DEROBERT, *op. cit. supra*, note 2, 342.

DEUXIÈME PARTIE:**LA CESSATION DE TRAITEMENT**

Le développement extraordinaire de l'arsenal thérapeutique moderne a conduit à ce que François Sarda appelle la "frénésie des soins"⁵⁵ et le Dr J.R. Debray, "l'acharnement thérapeutique"⁵⁶. Parlant du chaos qui règne dans le traitement des mourants, Veatch traduit bien le désarroi du corps médical et l'inquiétude du public: je veux bien qu'on me sauve la vie, mais pas n'importe quelle vie, et pas à n'importe quel prix⁵⁷. Combinée à la dépersonnalisation croissante de la société moderne, cette inquiétude amène à demander aux tribunaux de se prononcer en ce domaine. Le médecin avance à pas prudents sur la crête étroite qui sépare l'omission coupable du traitement excessif.

Comme nous l'avons dit au début de ce travail, la légitimité de la cessation de traitement dans certaines circonstances est quasi-unaniment reconnue. C'est le "laisser-mourir en paix".

Mais quelle est la portée de cette expression? Le traitement médical se distingue des soins courants apportés au malade tels l'alimentation, les soins d'hygiène...: il réside dans l'ensemble des moyens thérapeutiques ou palliatifs utilisés pour tenter de guérir ou de soulager le malade. Ces moyens peuvent se qualifier d'"extraordinaires" ou d'"ordinaires" selon qu'ils impliquent ou non l'emploi de techniques exceptionnelles. Cependant cette notion échappe vite à toute classification si l'on tente de la définir objectivement. Un respirateur, une transfusion, une injection d'antibiotiques, est-ce ordinaire ou extraordinaire? La réponse ne s'avère possible qu'en fonction du patient, de l'état du patient à qui le traitement doit être appliqué, et des ressources médicales disponibles. Dans cette optique, un traitement usuel s'oppose à un traitement inhabituel, un traitement impératif à un traitement électif⁵⁸. Ou encore, un traitement raisonnable à un traitement déraisonnable. Peu importe le terme employé, il est vide de sens s'il est employé seul. Par contre, si tel traitement est susceptible d'améliorer l'état ou le mieux-être du patient, il est utile. Si de plus, il ne comporte pas pour le patient d'inconvénient excessif, il

55. F. SARDA, *op. cit. supra*, note 2, 165.

56. Cité par F. SARDA, *ibid.*

57. R. VEATCH, *loc. cit. supra*, note 32, 305.

58. VEATCH, *loc. cit. supra*, note 32, 303; KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 116; McCORMICK, *loc. cit. supra*, note 66, 333. Face à certains exemples excessifs qui sont parfois cités, il importe de préciser que l'arrêt d'un traitement ne signifie jamais l'arrêt des soins ordinaires du malade.

est également raisonnable. Si maintenant ce même traitement ne fait que prolonger l'agonie d'un patient irrémédiablement condamné, il devient déraisonnable, extraordinaire, les inconvénients ne sont plus compensés par les bienfaits que le patient eût pu en retirer.

Cette façon de voir est adoptée par le juge Hughes dans l'arrêt *Quinlan*⁵⁹: l'emploi d'un respirateur est un moyen ordinaire vis-à-vis d'un patient qui par là peut être sauvé; vis-à-vis de Karen Quinlan, dont l'état n'offre aucun espoir d'amélioration, il devient un moyen extraordinaire et peut donc être écarté.

En cas de maladie incurable arrivée au stade terminal de son évolution, ou encore face à des malformations majeures atteignant un nouveau-né, se pose donc la question du recours à des thérapeutiques qualifiées d'extraordinaires dans les circonstances. Ici intervient, de façon primordiale, la volonté du patient, s'il est capable de l'exprimer.

Nous aborderons enfin la question de la détermination de la mort du patient: ici tout traitement cesse.

A. L'ARRÊT DES MOYENS EXTRAORDINAIRES DE TRAITEMENT

Le fondement de la décision à prendre diffère radicalement selon que le patient lui-même en est l'auteur ou qu'au contraire, elle nécessite l'intervention d'un tiers. Nous allons envisager successivement ces deux situations.

1. Le patient capable

Si nous admettons que le droit à l'inviolabilité de la personne est un droit absolu, pour autant que cette personne est seule concernée, le patient a le droit de refuser un traitement médical, que celui-ci soit curatif ou seulement palliatif. Même les partisans de la "théorie de l'intervention forcée justifiée par l'état de nécessité"⁶⁰ rendent ici les armes: la prolongation de la vie pour une courte période de temps, ou dans des conditions misérables, ne justifie plus de passer outre à la volonté du malade. La bataille étant perdue, il n'y a plus deux intérêts du malade en présence, mais un seul: la notion qu'il se fait de la dignité de sa vie et de sa mort, de la façon dont il veut vivre celle-ci jusqu'à son terme. Son refus de prolonger le traitement, ou d'entreprendre un traitement pénible, ne signifie pas qu'il recherche la mort

59. *In re Karen Quinlan*, (1976) 355 A. (2d) 657.

60. MAYRAND, *op. cit. supra*, note 28, 49, no 40.

comme une fin en soi. Mais elle devient la seule alternative à une vie diminuée et de toute façon déjà compromise. Selon l'expression de Kouri, le malade, consciemment, "échange du temps pour du bien-être et de la dignité"⁶¹.

La loi consacre ce respect de la décision du patient: la possibilité d'un recours pour voies de fait au pénal, l'article 19 du Code civil, et enfin l'article 2.03.28 du *Code de déontologie médicale* en témoignent. Rappelons cependant que le refus, comme le consentement, doit être libre et éclairé. Le devoir d'information du médecin revêt ici une dimension particulière. Il doit exposer clairement au patient l'état de sa maladie, le pronostic avec ou sans traitement, le traitement possible avec tous ses avantages et inconvénients. Le patient peut ensuite donner ses instructions à son médecin afin de ne pas recevoir ultérieurement des soins qui prolongent la vie, ou plutôt, qui prolongent "le mourir", selon l'expression de Crépeau⁶².

L'arrêt américain *Saikewicz* reconnaît à toute personne, capable ou incapable, le droit de refuser des traitements destinés à prolonger la vie, en vertu du "right of privacy". Il soumet cependant ce droit individuel à la notion d'intérêt de l'État dans la préservation de la vie, et admet son exercice en cas de maladie incurable. Cette notion avait déjà été affirmée dans l'arrêt *John F. Kennedy Memorial Hospital c. Heston* et dans l'arrêt *Quinlan*. Nous y reviendrons plus loin⁶³.

Nous voudrions mettre en garde ici contre une ambiguïté souvent rencontrée dans les textes: on parle du choix du malade qui opte entre la vie et la mort. Or c'est fausser le problème dans les circonstances où nous nous plaçons: de par sa maladie, le malade est déjà condamné. L'enjeu de son choix n'est donc qu'une question de délai, généralement quelques semaines ou quelques mois, et le prix à payer pour ce délai.

Devant la crainte d'être soumis à des traitements non désirés ou jugés dégradants alors qu'il ne sera plus en mesure de manifester sa volonté, le citoyen se préoccupe de plus en plus d'énoncer à l'avance cette volonté. Aux États-Unis, l'"Euthanasia Educational Council" a été le premier à instaurer ce qu'il appelle le "testament de vie" ou

61. Robert KOURI et Monique OUELLETTE-LAUZON, "Corps humain et liberté individuelle", (1975) 6 R.D.U.S. 85, 87.

62. P.A. CREPEAU, "Prolonger le mourir — qui décide?", (1979) 46 Assurances 279; Code de déontologie, a. 2.03.29.

63. *Superintendent v. Saikewicz*, (1977) 370 N.E. (2) 417; *J.F.K. Hospital v. Heston*, (1970) 279 A. (2) 670; *In Re Karen Quinlan*, (1976) 355 A. (2d) 657.

“living will”⁶⁴. Ce document déclare le refus du signataire de se voir appliquer des mesures héroïques de survie en cas de maladie apparemment irréversible, qu’elle soit physique ou mentale. Centré essentiellement sur le droit de refuser le traitement, il fait cependant une allusion à la possibilité d’euthanasie active. Les termes en sont forcément vagues et peuvent donc causer des difficultés d’interprétation. Les promoteurs suggérant de l’envoyer à son médecin de famille, prêtre, ou avocat, des difficultés pratiques peuvent surgir aussi⁶⁵. Cependant, c’est l’une des solutions à envisager pour pallier à l’incertitude actuelle.

Le “Natural Death Act” voté en 1976 en Californie est la première législation du genre aux États-Unis. Il veut assurer le respect de la volonté du patient capable, même si celui-ci devient ultérieurement incapable. Cette loi comporte un certain nombre de lacunes qu’il serait trop long d’analyser ici⁶⁶.

2. Le patient incapable

Pour le patient comateux, le nouveau-né, le patient adulte incapable, les décisions seront nécessairement prises par d’autres que lui-même. Toute autorité conférée sur la personne d’autrui l’étant pour le bien de cette personne, et pour nulle autre considération, quels seront les facteurs que des parents, un tuteur, un curateur, pourront invoquer pour refuser ou interrompre le traitement d’un incapable gravement atteint?

a) La qualité de la vie

Lorsque vient le moment de sauver ou non un nouveau-né gravement malformé, ne se pose plus la question de la dignité de la mort, mais bien celle de la vie que nous lui offrons. La médecine sauve aujourd’hui des êtres souffrant de déficits autrefois mortels. Ici encore trois attitudes sont possibles: sauver à tout prix, mettre fin à la vie, ou enfin, apprécier la qualité de vie dont cet enfant pourra jouir, et prendre la décision en conséquence.

Cette dernière attitude soulève évidemment des problèmes religieux, philosophiques, éthiques et des attitudes passionnées. Aller au coeur du débat nous entraînerait fort loin. Nous essaierons d’en dire l’essentiel.

64. BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 288; C.H. BAKER, “The Living Will: the final expression”, (1980) 4 *Legal Med. Q.* 1, 6; voir Annexe A.

65. VEATCH, *loc. cit. supra*, note 32, 304.

66. VEATCH, *loc. cit. supra*, note 47, 6; LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit. supra*, note 14, p. 160, no 267.

De prime abord, parler de qualité de vie évoque un jugement porté sur la valeur d'un individu dans la société. Mais ce jugement relatif est évidemment inacceptable, pour quiconque admet le principe du caractère sacré de la vie; celui-ci ne peut composer avec des notions d'utilité sociale. Au contraire, dans le contexte qui nous occupe, la qualité de vie s'apprécie en fonction de l'individu seul, par rapport à lui-même: le traitement apportera-t-il à ce patient un mieux-être? C'est le bénéfice du patient seul qui est visé⁶⁷.

Poussant le raisonnement au-delà du mieux-être physique, préservons-nous une vie vraiment humaine? Avec McCormick, Keyserlingk et d'autres, nous pensons que la vie doit être préservée à condition qu'elle contienne au moins la possibilité d'avoir un minimum de relations humaines, un minimum de communication avec ses semblables⁶⁸. Notre vie physique est le support de notre vie personnelle et n'a pas de signification sans elle; quand la seconde disparaît, disparaît ce qu'il y a de proprement humain en nous. À ce stade extrême, le non-traitement est justifié.

L'appréciation de ces possibilités n'a rien de mathématique. Seule une approche humaine et personnelle peut permettre de poser un jugement, de se faire une opinion. Les critères médicaux non plus ne sont pas absolus, ils servent seulement de guides. La responsabilité du médecin et de l'entourage est grande. Mais comme le dit McCormick, "with increased power goes increased responsibility. Since we have the power, we must face the responsibility"⁶⁹. Ceux qui prônent le maintien de la vie à tout prix cherchent peut-être par là à éviter la décision...

Face à l'appréciation de la qualité de vie du patient incapable en fonction de sa personne, le nouveau-né face à une vie douloureuse et diminuée, le comateux face à une mort qui n'en finit pas, le malade mental face à une souffrance qu'il ne comprend pas, se pose la question des moyens de traitement qu'il faut ou qu'il ne faut pas employer à leur égard.

Dans le cas des nouveaux-nés malformés, il faut combiner les critères de moyens ordinaires ou extraordinaires, et de qualité de vie. Si la gravité de l'affection dont souffre l'enfant est telle qu'il n'y a

67. KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 57 et ss.

68. *Ibid.*; McCORMICK, "To Save or Let Die: the Dilemma of Modern Medicine", dans BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 331 à 337. C'est ce que réaffirmait récemment encore un comité d'étude anglican à propos des bébés gravement arriérés, dans un rapport par ailleurs controversé: voir *La Presse*, jeudi 20 mars 1980.

69. McCORMICK, *id.*, 333.

aucun espoir de le faire parvenir à une vie cognitive, tout traitement est extraordinaire. C'est, par exemple, le cas d'un bébé anencéphale. Par contre, si l'enfant peut avoir un minimum de vie humaine, la décision sera prise en fonction des autres données de son état de santé: s'il souffre de déficience mentale et d'une autre affection curable par une intervention bénigne, il serait illicite de ne pas le traiter, car la déficience mentale ne sera pas la cause de la mort⁷⁰.

Selon la jurisprudence actuelle^{70a}, il semble donc que soit seul licite l'arrêt des moyens extraordinaires de traitement, jugés tels en fonction de l'état du patient. Mais nous posons la question suivante: une patiente décérébrée, comme l'est Karen Quinlan, est une patiente qui ne retrouvera plus jamais une vie proprement humaine, les zones supérieures de son cerveau étant mortes définitivement. Selon le critère de qualité de la vie, nous ne la considérons donc plus comme vivante. D'autre part, elle ne répond pas non plus aux critères de la mort, comme nous le verrons plus loin, puisque son cerveau n'est pas totalement mort: elle garde une vie biologique. Pour cette morte-vivante, et tant de ses semblables qui gisent dans les hôpitaux, la distinction des moyens de traitement est-elle encore valable? La cessation de tout traitement ne serait-elle pas justifiée? Si nous prônons le respect de la dignité de la personne, nous pensons devoir répondre par l'affirmative: rien n'est plus dégradant que cet état végétatif qui n'est plus vie humaine et qu'on ne veut pas déclarer mort humaine⁷¹.

b) La théorie du jugement substitué

Deschamps a clairement exposé les obligations des parents à l'égard de leur enfant malformé, ainsi que l'indépendance thérapeuti-

70. Voir l'excellent article de P. DESCHAMPS, "Le nouveau-né malformé ou prématuré, les implications juridiques de son traitement en droit civil québécois", (1979) *Rapports du 5e Congrès Mondial de Droit médical* 250. Également, E.H.W. KLUGE, "The Euthanasia of Radically Defective Neonates: Some Statutory Considerations", (1980) 6 *Dalhousie L.J.* 229-257.

70a. Voir *supra*, note 63.

71. LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit. supra*, note 14, p. 159, no 266, rapportent une étude de l'Académie Suisse des sciences morales concernant l'affaire Haemmerli, médecin poursuivi en 1975 "pour avoir interrompu, chez des vieillards arrivés au stade terminal de leur maladie, des mesures de survie artificielle" (note 345). Cette institution estime qu'une nouvelle définition de la mort peut englober la disparition des possibilités de conscience et de relation. En conséquence, il est licite d'abandonner les mesures spéciales. Cette position semble illogique: si le patient est déclaré mort en tant que personne, il faut abandonner *tout* traitement, pour se limiter aux soins courants. La confusion trouve apparemment son origine dans l'absence de distinction entre "soins" et "traitements".

que qui doit animer le médecin dans les circonstances^{71a}. Nous voudrions donc plutôt nous pencher sur le processus de la décision prise à l'égard d'un patient adulte arriéré ou inconscient.

Les arrêts *Quinlan* et *Saikewicz* concernent, le premier, cette jeune fille de 22 ans, décérébrée depuis 1976, le second, un patient de 67 ans, arriéré mental profond, souffrant de leucémie, et à présent décédé⁷². En premier lieu, ils consacrent tous deux le droit pour le patient incapable de refuser un traitement susceptible de prolonger la vie, au même titre qu'un patient capable. "Cette assertion mérite une approbation sans réserve pour la dignité et l'autonomie qu'elle reconnaît à tous les patients"⁷³. En second lieu, ils appliquent la doctrine dite du "jugement substitué": le tribunal s'interroge sur ce qu'aurait fait le patient lui-même dans les circonstances présentes, eût-il été capable de décider. Cette attitude nous semble plus respectueuse du patient que le critère objectif de la personne raisonnable, qui risquerait de glisser petit à petit vers un jugement de valeur sur la vie qui est en cause.

Les deux jugements diffèrent cependant radicalement sur le point de savoir qui va prendre la décision. Pour le juge Liacos⁷⁴, elle appartient aux tribunaux, tandis que pour le juge Hughes⁷⁵, elle appartient au médecin et à la famille ou au représentant légal, après consultation du comité d'éthique de l'hôpital. Nous préférons de loin cette dernière position, plus réaliste. Le traitement ou le non-traitement repose avant tout sur des critères médicaux. Le tribunal ne doit être un recours qu'en cas de dissension^{75a}.

Nous ne pouvons clore ce chapitre sans marquer une nette réserve sur la notion d'intérêt de l'État telle qu'elle est exprimée dans ces arrêts. Elle est à l'opposé de notre théorie de l'inviolabilité absolue de la personne humaine. Pour les juges américains, il semble que l'individu n'ait le droit de refuser un traitement que lorsqu'il est incurable ou que sa vie n'a pas pour l'État une importance majeure.

71a. *Loc. cit. supra*, note 70.

72. Voir *supra*, note 63.

73. KEYSERLINGK, *op. cit. supra*, note 10, 172.

74. Arrêt *Saikewicz*, *supra*, note 63; *In re Spring*, (1980) Mass. Adv. Sh. 1209: cet arrêt plus récent reprend la théorie du jugement substitué et confirme que la décision appartient au tribunal, et non au médecin, ou aux parents, ou à un comité d'éthique; G.J. ANNAS, "Quinlan, Saikewicz, and now Brother Fox", (1980) 10 *Hastings Center Report* 20.

75. Arrêt *Quinlan*, *supra*, note 63.

75a. Ceci semble être aussi la position de P.A. CREPEAU, *loc. cit. supra*, note 62, 290.

Même si l'État a un intérêt dans la préservation de la vie de ses citoyens, nous le comprenons comme une protection des citoyens les uns envers les autres, et non comme une protection de l'individu contre lui-même.

Pour nous, l'individu capable a donc un droit absolu de refuser un traitement, que celui-ci soit ordinaire ou extraordinaire. Quand il s'agit d'un incapable, il est licite de cesser un traitement extraordinaire si c'est dans le meilleur intérêt du malade.

B. L'ARRÊT DE TOUT TRAITEMENT: LA MORT DU PATIENT

L'individu est parvenu au terme de son existence. La "définition" de la mort est un concept philosophique et religieux, les critères qui permettent de déterminer si la mort est survenue sont un concept médical.

1. La mort de la personne ou la mort biologique

Tout au long de ce travail, nous nous sommes trouvé confronté à des problèmes soulevés par l'évolution de la science médicale. Ce dernier chapitre ne fait pas exception. Où est l'arrêt cardio-respiratoire d'antan? À mesure que défailaient les fonctions biologiques, nous les avons remplacées par des machines et des sérums. Nous en arrivons à nous demander si l'homme vit par la machine ou si la machine vit par l'homme. En un mot, la détermination de nouveaux critères pour établir la mort de l'individu est devenue impérative, lorsque des techniques de réanimation sont employées. Il est possible, en effet, de maintenir presque indéfiniment les fonctions respiratoires et circulatoires chez un individu qui n'a plus aucune activité cérébrale⁷⁶.

L'importance d'établir avec précision le moment de la mort est patente. Même si le décès est vu comme l'aboutissement d'un long processus, il y a un moment où l'on considère que la vie, définitivement, s'en est allée. Avec l'individu disparaît un sujet de droit. La succession s'ouvre, l'assurance entre en jeu. En droit pénal, le décès peut entraîner une inculpation pour meurtre, si le lien de causalité est prouvé⁷⁷. Pour fins de transplantation d'organes, le problème est crucial également: c'est d'ailleurs ce genre d'intervention qui a mis en évidence la nécessité de nouveaux critères.

76. BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 253 et ss.

77. *R. v. Kitching et al.*, (1976) 6 W.W.R. 697; E. DELEURY, "Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit", (1976) 17 C. de D. 265.

Trois "niveaux" de critères peuvent être employés pour déterminer le moment de la mort:

1) Le critère traditionnel de la perte des fonctions respiratoires et circulatoires. Pour la plupart, il suffit qu'il y ait une perte des fonctions spontanées⁷⁸. Pour d'autres, tel Jonas, tant que les fonctions sont maintenues, même artificiellement, le patient est en vie⁷⁹. Pour cet auteur, seuls les chirurgiens pratiquant des transplantations ont intérêt à "redéfinir" la mort. Il craint que les "cadavres" soient utilisés comme banques d'organes.

2) Le critère de la mort cérébrale totale: c'est celui défini par le "Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School" en 1978^{79a}. Il est utilisé lorsque le premier critère n'est pas applicable à cause de l'emploi de techniques de réanimation. Il ne remplace donc pas le critère de cessation des fonctions cardio-respiratoires, mais il s'applique dans des circonstances différentes. La proposition de Capron et Kass est d'ailleurs en ce sens⁸⁰. On parle ici de coma irréversible ou encore de coma dépassé. Le diagnostic se base à la fois sur des signes cliniques et technologiques: coma profond, aréflexie totale, absence totale de réponse aux stimuli extérieurs, même les plus douloureux, absence de mouvements respiratoires spontanés, pupilles fixes et dilatées; ces signes cliniques de lésion irréversible du cerveau et du tronc cérébral sont confirmés par un électro-encéphalogramme plat, examen qui doit être pratiqué dans des conditions techniques impeccables⁸¹ et répété au moins une fois 24 heures plus tard. Si ces conditions sont remplies, le patient est déclaré mort et tout traitement est arrêté.

78. Entre autres: BEAUCHAMP et WALTERS, "The Definition and Determination of Death", *op. cit. supra*, note 8, 253 et ss.; CAPRON et KASS, voir *infra*, note 80.

79. H. JONAS, "Against the Stream: Comments on the Definition and Redefinition of Death", dans BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 262.

79a. Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School, "A Definition of Irreversible Coma", report in BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 257 et ss.; D.A. FRENKEL, "Establishing the Cessation of Life", (1978) 2 *Legal Med. Q.* 1 et ss.

80. A.M. CAPRON et L.R. KASS, "A Statutory Definition of the Standards for Determining Human Death, an Appraisal and a Proposal", dans BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 276 et ss.

81. Il faut éliminer notamment l'hypothermie et les dépresseurs du système nerveux central, tels les barbituriques, susceptibles de fausser le résultat du test. Il existe d'autres techniques, encore plus élaborées: électrodes intrathalamiques, etc... LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit. supra*, note 14, p. 181, no 296, note 438.

3) Pour certains, tel Veatch, ce concept de mort totale du cerveau ne va pas assez loin. Une fois que nous admettons que le concept de "personne" humaine se situe au-dessus du simple niveau biologique, et que nous savons que les éléments essentiels à la qualification de "personne" (facultés d'intégration, de communication, de raison...) se situent au niveau du cortex cérébral, nous devons admettre que la personne est morte quand le cortex est mort. La Commission de réforme du droit du Canada estime prématuré d'établir un tel critère, dans le contexte social et médical actuel. Elle n'y marque pas d'opposition, cependant, mais souligne les difficultés qui en découleraient: faudrait-il persister à administrer des soins courants à une personne déclarée morte, mais continuant à respirer spontanément⁸²? La question reste posée...

2. Les critères actuellement admis

La "définition" du comité de Harvard est reconnue actuellement par la doctrine et la jurisprudence⁸³, et correspond à la pratique médicale courante. Elle forme la base de la majorité des réformes proposées⁸⁴, les plus récentes se fondant sur les éléments suggérés par Capron et Kass: des critères d'application générale, ne se fondant en aucun cas sur l'utilité sociale de la personne, même pas en tant que donneur d'organes, des critères suffisamment souples pour s'adapter à l'évolution de la technologie médicale. La proposition de la Commission de réforme du droit du Canada va dans le même sens:

- 1) une personne décède au moment où elle subit une cessation irréversible de l'ensemble de ses fonctions cérébrales.
- 2) la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être constatée à partir de l'absence prolongée de fonctions circulatoire et respiratoire spontanées.
- 3) lorsque l'utilisation de mécanismes de soutien rend impossible la constatation de l'absence prolongée des fonctions circulatoire et respiratoire spontanées, la cessation irréversible des fonctions cérébrales peut être

82. *Les critères de détermination de la mort*, Commission de réforme du droit du Canada, 15e rapport, 1981, p. 18. Voir aussi note 71.

83. Dans l'affaire *Quinlan* par exemple: Karen n'est pas morte car elle ne rencontre aucun des critères de mort cérébrale totale.

84. RUSSELL, *op. cit. supra*, note 9, 29 et ss., donne un aperçu de ces réformes. Voir également: LAJOIE, MOLINARI et AUBY, *op. cit. supra*, note 14, p. 181 et ss.; nos 297 ss.; *Report on A Statutory Definition of Death*, Manitoba Law Reform Commission, rep. no 16, 1974; cette province a effectivement adopté un texte à cet effet en 1975: S.M. 1975, c. 5, art. 1; *Proposals for a Definition of Death Act*, Law Reform Commission of Saskatchewan, 1980.

constatée par tout moyen reconnu par les normes de la pratique médicale courante⁸⁵.

La nécessité d'une "définition" législative de la mort existe-t-elle? Si la détermination du moment de celle-ci relève essentiellement du jugement médical, il semble néanmoins souhaitable, tant pour le corps médical et l'ensemble du personnel hospitalier que pour le public, qu'une solution intervienne en ce sens. C'est la conclusion à laquelle aboutit la Commission de réforme du droit du Canada, qui a exploré successivement les trois approches possibles: décision purement médicale, création jurisprudentielle, intervention législative⁸⁶.

Nous constatons que le texte proposé par la Commission répond aux qualités requises plus haut: les termes en sont très généraux et ne peuvent constituer un obstacle au progrès scientifique, ni à l'exercice, en toute indépendance, de la profession médicale.

CONCLUSION

L'euthanasie, au sens où nous l'entendons, est un acte prohibé par la loi. Une législation qui la légaliserait risque de porter le germe de terribles abus. L'opportunité d'en faire un délit différent du meurtre n'est peut-être pas évidente actuellement au Canada, puisque nous ne voyons pas de cas devant les tribunaux. Dans les pays où le problème se pose, il semble souhaitable de la distinguer du meurtre afin que les mobiles des parties en cause puissent être appréciés. Certaines lois vont déjà en ce sens⁸⁷.

Faut-il légiférer sur le droit à la mort dans la dignité? Plus une société se dépersonnalise, ainsi qu'il en va de la pratique médicale actuelle et de ce que nous pouvons augurer de son orientation future, plus le public réclame des garanties légales pour sauvegarder ses droits qu'il croit menacés. Nous pensons que l'opportunité d'entreprendre ou de cesser un traitement relève d'une pratique médicale bien comprise et de la responsabilité du médecin à l'égard de son patient: cesser un traitement devenu inutile rentre dans le cadre de

85. *Les critères de détermination de la mort*, Commission de réforme du droit du Canada, 1979, pp. 13-14 et ss., CAPRON et KASS, *loc. cit. supra*, note 80, 276 et ss.

86. Commission de réforme du droit du Canada, *loc. cit. supra*, note 82, p. 11.

87. Voir *supra*, note 29.

l'obligation de soins. Nous n'envisagerions le recours aux tribunaux qu'en cas de dissension entre le médecin et la famille ou les représentants légaux lorsque la décision doit être prise pour un incapable. En tout état de cause, aucune loi ne pourra garantir au malade ou au mourant son droit le plus fondamental: le droit à l'immense respect de tous ceux qui l'entourent. Il appartient à chacun d'entre nous de maintenir et de réintroduire dans la société les valeurs essentielles de la dignité humaine.

Les critères actuellement admis pour la cessation de traitement ou la détermination de la mort ne permettent pas de résoudre un des problèmes à notre avis les plus tragiques: celui des patients dits "décérébrés", ou en état de mort corticale, et ne vivant plus qu'une vie végétative, sans aucun espoir d'amélioration si minime soit-elle. Sans aller jusqu'à définir ces patients comme morts, nous pensons que leur état peut justifier la cessation de tout traitement, même ordinaire, afin de permettre à la mort de faire son oeuvre: le respect de leur dignité ne nous autorise-t-il pas à franchir ce pas?

Annexe A

Nous reproduisons ci-dessous, à titre d'exemple seulement, le "Living Will" préconisé par l'"Euthanasia Educational Council":

A Living Will

TO MY FAMILY, MY PHYSICIAN, MY LAWYER,
MY CLERGYMAN: TO ANY MEDICAL FACULTY
IN WHOSE CARE I HAPPEN TO BE;
TO ANY INDIVIDUAL WHO MAY BECOME RESPONSIBLE
FOR MY HEALTH, WELFARE OR AFFAIRS

Death is as much a reality as birth, growth, maturity and old age, it is the one certainty of life. If the time comes when I, _____

can no longer take part in decisions for my own future, let this statement stand as an expression of my wishes, while I am still of sound mind.

If the situation should arise in which there is no reasonable expectation of my recovery from physical or mental disability, I request that I be allowed to die and not be kept alive by artificial means or "heroic measure". I do not fear death itself as much as the indignities of deterioration, dependence and hopeless pain. I, therefore, ask that medication be mercifully administered to me to alleviate suffering even though this may hasten the moment of death.

This request is made after careful consideration. I hope you who care for me will feel morally bound to follow its mandate. I recognize that this appears to place a heavy responsibility upon you, but it is with the intention of relieving you of such responsibility and of placing it upon myself in accordance with my strong convictions, that this statement is made.

Signed _____

Date _____

Witness _____

Copies of this request have been given to

- BEAUCHAMP et WALTERS, *op. cit. supra*, note 8, 307.
- C. H. BAKER, *loc. cit. supra*, note 64, 13.