

# *Légiférer ou pas ?*

## *L'exemple de l'euthanasie*

**par Denys DE BÉCHILLON**

Professeur de droit public  
à l'université de Pau

**L'**affaire du Docteur Bonnemaïson – ce médecin urgentiste ayant visiblement revendiqué d'avoir euthanasié plusieurs patients à l'hôpital de Bayonne – vient de relancer le débat sur l'opportunité d'une réforme du droit de la fin de vie. La classe politique n'a pu se tenir à l'écart de l'évènement – c'était impossible. Une part de l'agenda législatif possible s'est ainsi trouvée virtuellement prédéterminée au journal de vingt heures. Tout le monde y est allé de son commentaire. C'est devenu banal <sup>1</sup>.

Considérons cependant cet épisode comme un exemple, ou, si l'on préfère, comme un symptôme. Et trouvons-y matière à réfléchir sur la « bonne » manière de faire des normes comme à la place que l'effervescence médiatique et la submersion émotionnelle qui lui est associée devrait (ne pas) occuper dans le processus de leur confection.

On avancera ici que la forme de « débat public » à laquelle nous sommes ainsi contraints a pour effet – calamiteux – de nous priver d'à peu près tout ce qui serait nécessaire pour élaborer de « bonnes » normes ou, ce qui revient au même, pour accepter de considérer que celles qui sont aujourd'hui en vigueur méritent le cas échéant d'être conservées en l'état.

De quoi sommes-nous démunis par l'urgence médiatique ? D'un peu de considération informée pour les règles déjà en vigueur, d'un peu de savoir précis sur la situation réelle des patients dont la mort exposée en public a induit le prurit médiatico-législatif, d'un peu de lucidité froide sur les enjeux collectifs associés à ce genre de problèmes, d'un peu de goût pour les sujets d'arrière-cuisine, Et puis, de loin en loin, d'un peu plus d'admiration pour le travail normatif déjà accompli. Reprenons tout cela.

### **Un peu de considération pour l'état du droit**

Toujours la même histoire, au demeurant assez fascinante. À chaque fois qu'un problème critique de fin de vie surgit dans l'espace public, l'on est immédiatement installé dans la conviction selon laquelle le droit français est demeuré archaïque et ne permet en gros jamais de traiter « dignement » les situations qui le mériteraient. Sous-entendu : le droit a évolué moins vite que les mœurs ; il ne permet pas de faire face à la détresse humaine ; il faut donc en changer.

(1) Comme l'écrit Guy Carcassonne, « Légiférer est devenu un réflexe, souvent conditionné par la télévision. Tout sujet d'un "vingt heures" est virtuellement une loi. Un fait divers, une émotion quelconque, mais aussi un problème tangible provoquent une démangeaison législative plus ou moins rapide. La loi est une réponse, à défaut d'être une solution. On légifère d'abord puis, rarement et seulement si l'on n'a rien de plus rentable à faire, on réfléchit ensuite » (Penser la loi, Pouvoirs n° 114, 2005).

Les juristes professionnels intéressés savent pourtant qu'il n'en est rien. Pour en rester au cas de la personne consciente, la conjonction des lois Kouchner et Léonetti aboutit – en gros – à faire en sorte qu'elle puisse toujours demander l'interruption (ou l'abstention) d'un traitement curatif et l'entrée dans un processus de soins palliatifs. Il est admis par ailleurs que la latitude offerte aux soignants pour traiter la douleur inclut dans une large mesure le droit de prendre un risque vital dans l'administration et le dosage des antalgiques nécessaires. Aussi bien, la part de l'interdit est somme toute assez réduite : elle recouvre, pour faire simple, le suicide assisté compris comme la mise à disposition d'une substance létale ou l'administration directe d'une telle substance à un patient privé de la possibilité d'accomplir lui-même ce geste terminal.

En regard de ce qu'était l'état du droit il y a simplement dix ans, le saut est immense. Or, curieusement, même lorsque, par exception, ce fait est rappelé, l'apport réel des textes récents à la gestion médicalisée de la fin de vie n'est presque jamais *expliqué*. Tout se passe comme s'il était autrement souhaitable de laisser entendre que rien ne va ; comme s'il était heureux de taire qu'un nombre considérable voire majoritaire de situations ingérables il y a encore peu de temps se vérifie aujourd'hui traité d'une manière très satisfaisante.

## Un peu d'anamnèse médicale sur les cas difficiles

Pour réfléchir utilement à l'opportunité d'autoriser un élargissement du périmètre des gestes admissibles en fin de vie, il n'est pas inutile de savoir *qui* cet élargissement pourrait concerner (et par extension combien de gens). Or il n'est pas certain que l'on s'y emploie beaucoup. Dans la sociologie de la production normative applicable à nos pays développés, se dresse toujours l'obstacle de l'induction amplifiante : cette propension à généraliser l'exemple, à supposer que chaque arbre cache une forêt et que l'apparition d'un cas révèle toujours l'existence d'un phénomène beaucoup plus massif.

Or, en matière médicale plus qu'ailleurs, le cas est toujours un cas, c'est-à-dire une configuration singulière. Et cela complique d'autant plus gravement les choses que le dossier de ce cas n'est pas ou pas bien connu, dans le détail, par ceux-là même qui prétendent lui donner l'exemplarité utile à sa transformation en moteur d'une réforme législative.

D'une part, ces derniers, sauf exception s'entend, ne se soucient guère de quantifier les situations comparables. On ne sache pas que la plupart des bonnes âmes qui se sont penchés sur la situation de M<sup>me</sup> Pretty pour dénoncer les prudences de la Cour européenne des droits de l'homme aient toutes cherché à savoir combien de personnes tétraplégiques et intégralement dépendantes il y avait sous nos contrées et, parmi elles, combien demandaient mûrement qu'on leur donne la mort <sup>2</sup>. Mais laissons.

D'autre part et surtout, la singularité des situations critiques gagne à faire l'objet d'une attention soutenue. Que faudrait-il, en effet, pour que l'on puisse dériver sérieusement une règle générale de la contemplation d'une histoire individuelle ? Une chose, en vérité : que l'on connaisse en détail cette histoire (médicale). Que l'on sache exactement ce qui s'est passé, ce qu'avait ce malade, ce qui a été entrepris et pas entrepris, ce qui aurait pu l'être et ne l'a pas été, etc. Il n'est pas raisonnable d'infé-

(2) Cet argument quantitatif ne vaut évidemment pas un clou si l'on en déduit qu'il ne faut rien faire pour les cas rares. En revanche, il prend une toute autre légitimité si l'on accepte de penser que les cas rares peuvent (et gagnent) à être appréciés et traités *comme tels* (même si cela engage en soi un autre débat, également compliqué, sur l'acceptabilité mais aussi les voies et moyens d'un traitement différent des situations différentes).

rer la nécessité de dépénaliser l'euthanasie sur la base d'un exemple si l'on n'a pas vérifié que cet exemple justifiait sans aucun doute un geste euthanasique. Dit autrement, si l'on veut que le cas de tel patient démontre par lui-même l'insuffisance d'une législation qui, sur le mode actif, n'autorise que la sédation de la douleur, il vaut mieux s'assurer que la douleur de ce patient n'était, au cas d'espèce, ni sédative ni susceptible de l'être en l'état de l'art médical.

Or, et c'est bien tout le problème, voilà très exactement le genre de démonstration que l'on ne peut pas administrer à la télévision, parce que l'on dispose le plus souvent de quarante secondes, mais surtout parce que l'on n'y détient pas l'information utile. Elle est couverte par le secret médical et elle s'élève souvent à un degré de technicité propre à la rendre difficilement communicable. Par ailleurs, elle se charge facilement de traits conflictuels : l'échec à traiter la douleur apparaît vite comme une faute, à l'extérieur comme à l'intérieur d'une communauté médicale où l'on ne manque ni d'antagonismes personnels ni de querelles de doctrine sur le « bon » traitement à appliquer... Bref, la plupart du temps, on ne sait rien de ce qu'il faudrait savoir pour tirer des leçons utiles des expériences douloureuses que l'on nous donne en spectacle. Il n'y a rien de bon à attendre d'un tel brouillard.

## Un peu de lucidité froide sur les enjeux collectifs

Les débats dits de société sont souvent submergés par leur dimension éthique. La discussion tourne vite à l'affrontement des beaux esprits sur fond de compétition pour le titre du plus lucide, du plus responsable, du plus philosophiquement profond voire du meilleur prophète... Et l'on en oublie volontiers – fort heureusement pas toujours – que c'est tout de même le monde réel qu'il s'agit *in fine* de réguler mieux, avec ce que cela suppose de considération pour des données désagréables à manier. Comme on s'en doute, ce sont pourtant celles-là que l'on voit volontiers repoussées aux marges de la discussion, voire franchement occultées. Prenons un exemple précis.

En matière d'euthanasie, un problème pratico-pratique devrait occuper une place de choix : celui de savoir si, et jusqu'où, il y a lieu de se méfier d'un développement des tentatives homicides, et donc d'un possible détournement de la législation. L'objet – acceptable et accepté – du débat portant sur le bien-être et la dignité des patients, il ne serait guère cohérent que soit prise une loi essentiellement propice à leur assassinat. Mieux vaudrait donc en parler, tout particulièrement en ce qui concerne les personnes âgées et/ou très dépendantes, parce que le sujet est assez troublant.

Les chiffres les plus souvent cités en matière de démence sénile – Wikipédia *dixit*, mais elle n'est pas la seule – sont en gros les suivants. En France, la prévalence des démences chez les personnes de plus de 75 ans juxta 18 % (dont 80 % d'Alzheimer). Environ 850 000 personnes étaient déjà touchées en 2004. Le chiffre pourrait dépasser 2 millions en 2040. Celui des nouveaux cas avoisine ou dépasse 200 000 par an. Nous sommes donc confrontés à un problème considérable. Il va bien falloir s'occuper de ces malades dans un cadre budgétaire dont on sait qu'il sera insuffisant – on ne construira pas deux millions de places d'établissement spécialisé d'ici vingt ou trente ans, et l'on ne recrutera pas de personnel idoine dans les proportions correspondantes. Il faut donc chercher à se rendre conscient de la difficulté – immense – qui s'attachera à cette prise en charge par le personnel soignant dans les structures existantes, mais aussi, voire surtout, par les familles. Car ce sont elles qui demeureront

le théâtre privilégié de ces fins de vie difficiles, *a fortiori* dans les milieux socialement défavorisés, au sein desquels le problème sera d'autant plus grave qu'il se doublera d'une promiscuité importante du fait de l'exiguïté des logements.

La coexistence, voire la cohabitation avec une personne âgée démente *est* très vite insupportable. Il faut donc prendre en compte les menaces pesant sur l'équilibre psychique de ceux qui auront à accueillir ces personnes, *a fortiori* lorsque cette dépendance prendra une forme démentielle lourde. Il faut former l'hypothèse d'une augmentation significative des états dépressifs et des exaspérations quotidiennes, à l'intérieur des familles comme dans les structures de soin. Qu'on le veuille ou pas, il faut accepter de se dire que la pression homicide sur les personnes âgées peut significativement croître dans les années et les décennies qui s'annoncent.

Pour qui envisage de dépénaliser l'euthanasie, il y a là un horizon à ne pas perdre de vue. On ne peut pas régler correctement le problème de la fin de vie en ne pensant qu'à traiter mieux quelques situations exceptionnelles, de type Sébire ou Pretty. Il faut – aussi – élargir le regard et s'interroger sur les effets collatéraux possibles d'une latitude juridique nouvelle, si elle doit s'ouvrir, de même que sur les mesures à prendre – le cas échéant, dans de tous autres registres que celui du seul droit pénal – pour éviter que ces effets ne se multiplient. En d'autres termes, il faut réfléchir beaucoup, voir loin, embrasser une complexité épouvantable, résister à la tyrannie des opinions profanes, des émotions immédiates et solutions « toutes simples ».

## Un peu de goût pour les sujets d'arrière-cuisine

Au chapitre des nombreux poisons contre lesquels il vaudrait mieux se prémunir, l'éthérisation du débat mérite une attention particulière. À bien y réfléchir, l'appréhension juridique de l'euthanasie pose peut-être plus de problèmes méthodologiques que métaphysiques. Et de cela, à nouveau, il n'est pas souvent débattu dans les enceintes virtuelles où se construit l'opinion commune.

Une chose est en effet d'accepter qu'une décision d'euthanasie puisse être prise en son principe ; une autre est de savoir qui pourra la prendre, dans quelles conditions, et avec quelle traduction pratique <sup>3</sup>.

Allons droit au but. Dans un cadre législatif adapté, le consensus pourrait probablement s'établir sans difficulté majeure autour d'un (seul) point : la décision de donner la mort ne saurait raisonnablement appartenir à un homme seul. Trop d'inconvénients graves sont attachés à sa condition : l'erreur, toujours possible, la mauvaise appréciation, la folie passagère, la trop grande subjectivité ou la trop grande implication émotionnelle, la simple faiblesse d'une décision humaine qui n'a pas traversé l'épreuve de la contradiction... Il y a mille raisons de penser que, si le droit de donner la mort est reconnu un jour, il devra appartenir à un groupe ou supposer son intervention, dans des conditions procédurales solidement déterminées et propres à offrir les meilleures garanties au malade : celle de se voir lucidement et dépassionnellement appréhendé, celle de pouvoir exercer un choix éclairé, celle de se voir proposer des alternatives crédibles et, surtout, celle de n'être la chose de personne. Le droit de mourir, s'il en est, ne se conçoit que dans la libre détermination de soi.

(3) Pour simplifier les choses, on admettra comme une hypothèse de travail simple et utile que les conditions de recueil et d'expression du consentement de la personne intéressée pourraient être directement transposées des lois Kouchner et Léonetti. La loi nouvelle se bornerait sur ce point à étendre le champ de ce que le patient en fin de vie pourrait demander.

Partant, le sujet le plus sérieux, celui dont il y aurait lieu de discuter pendant des heures, ne porte sur rien d'autre que la détermination des meilleures manières de faire délibérer un groupe judicieusement choisi dans le cadre le mieux adapté au service des finalités qui viennent d'être décrites. Là, ce sont avant tout les leçons de l'expérience qu'il faudrait pouvoir tirer. Dans de nombreux services hospitaliers, et pas seulement en France, on a déjà expérimenté des solutions de discussion collective pour prendre des décisions délicates, comme celle de débrancher un respirateur artificiel par exemple, d'interrompre une nutrition parentérale ou un traitement de la dernière chance... Il est impératif que ce capital d'expérience et d'intelligence – on en rencontre très souvent dans les services de santé – soit non seulement recueilli, mais pris en compte au premier chef.

Qui doit délibérer ? Seulement des médecins ? Les infirmières et les aides-soignantes en savent souvent beaucoup plus sur l'expérience subjective du patient et particulièrement sur sa souffrance. Seulement l'équipe médicale ? Il pourrait être judicieux, une fois qu'elle a donné son sentiment, d'exposer ce sentiment à des regards extérieurs, médicaux et profanes, afin de se donner quelques moyens de vérifier que les bonnes questions ont toutes été posées et qu'aucun aveuglement collectif ne s'est manifesté <sup>4</sup>. Quel statut donner à l'ensemble de ces délibérations vis-à-vis des proches de la famille ? Quelles conditions de majorité (ou d'unanimité) réunir ? Dans un vote ? Le groupe doit-il formuler un avis – la décision revenant alors au seul médecin traitant – ou faut-il justement que la décision elle-même soit collective et réputée telle ? Quelles garanties juridiques faut-il donner à ceux qui auront participé à ce choix ? Comment choisir celui ou celle qui mettra en application la décision d'euthanasie ? Toutes ces questions, et bien d'autres encore, doivent être posées. Or, comme d'habitude, elles ne le sont à peu près jamais dans la médiasphère, et surtout pas lorsque, comme aujourd'hui, le dossier monte à la surface sous sa forme la plus fruste et que c'est l'acte d'un médecin livré à lui-même que l'on se propose de prendre en exemple (ou en grippe).

## Un peu plus d'admiration pour le travail normatif accompli

Disons-le tout net, la loi Léonetti est une bonne loi. Non pas parce que son contenu serait objectivement satisfaisant – aucun ne l'est jamais, et surtout pas dans des domaines aussi exposés à la controverse – mais parce qu'elle a été élaborée dans des conditions exemplaires. Comme on le sait, son vote a été précédé par un immense travail préparatoire, d'auditions et de cogitation. On a cherché à se doter du plus grand nombre possible d'éléments de réflexion et de comparaison avant de décider quoi que ce soit. On a pris son temps. Et on s'est, par-dessus le marché, donné une clause de rendez-vous, c'est-à-dire la possibilité de réviser le texte quelques années après son entrée en vigueur afin de corriger d'éventuelles malfaçons ou d'épouser mieux l'évolution des mœurs et des perceptions. Il y a là un exemple, intrinsèquement remarquable, de ce que l'on peut faire de mieux en matière de production législative lorsqu'on s'en donne les moyens <sup>5</sup>. L'exact inverse de tout ce que l'on a dénoncé jusqu'ici.

(4) La cellule d'éthique clinique à laquelle l'auteur de ces lignes a appartenu dans un établissement hospitalier s'était donné une règle de cet ordre : lorsque l'unanimité du groupe thérapeutique chargé du patient est faite sur l'opportunité d'interrompre des soins, le responsable de l'équipe vient exposer le cas devant ladite cellule d'éthique, composée de soignants d'autres services et de deux ou trois personnes extérieures à l'hôpital : juristes, philosophes, religieux... L'avis ainsi recueilli permet parfois de ralentir le cours d'une décision un peu prématurée. Il conforte, d'autres fois, ce choix et permet d'en partager utilement la responsabilité. De judicieux conseils en sortent aussi, de temps à autre, sur la relation à entretenir avec la famille, les précautions à prendre, y compris dans l'ordre juridique, etc.

(5) Le comité chargé par le président de la République de réfléchir à l'opportunité de modifier le préambule de la constitution et dont la présidence avait été confiée à Mme Simone Veil avait, en son temps, pris exemple de cette loi pour expliquer l'intérêt qu'il y avait, sur certaines questions extrêmement délicates, à préférer la voie législative à la voie constitutionnelle (S. Veil [dir.], *Redécouvrir le préambule de la Constitution*, La Documentation française, 2009). Lorsque le travail législatif est effectué dans de semblables conditions de réflexion longue et de bon éclairage extérieur, il permet un réglage fin et une capacité d'adaptation irremplaçables.

Ainsi élaborée dans les meilleures conditions, la loi Léonetti opère un compromis subtil et acceptable par un très grand nombre de nos concitoyens pour autant qu'on le leur explique. Au-delà de ce bénéfice civique – qui n'est déjà pas mince – tout l'intérêt d'un dispositif de cet ordre réside à la fois dans l'exigence de réflexion qui lui est sous-jacente, dans le principe d'évolutivité qu'il se donne à lui-même, et enfin dans le renoncement qu'il emporte à la tentation de sabrer vite et fort dans ce qui gagne à n'être traité qu'avec nuance, calme et précision. Il faut admirer cela, en tirer avantage, prolonger l'effort et savoir ne pas fabriquer de nouvelles normes destinées à répondre à la seule l'emphase du moment.

Sans doute faut-il aussi ne pas oublier que la non-élaboration d'une règle législative nouvelle ne revient pas à s'abstenir de « normer » une situation donnée, mais seulement à la laisser sous l'empire de la norme en vigueur.

Celle qui existe aujourd'hui n'est, on l'a dit, pas dépourvue de mérites. À ceux-là, il faut ajouter, pour finir, la souplesse d'action et l'ampleur des marges qu'elle autorise. Une bonne loi, en matière de fin de vie, c'est peut-être cela : un texte assez plastique pour tolérer beaucoup – c'est-à-dire, en pratique, de nombreux gestes d'inspiration euthanasique – mais pas assez ectoplasmique pour permettre que n'importe qui fasse n'importe quoi. « Hypocrisie ? Peut-être bien, mais il se pourrait bien que, en la matière, ce vilain défaut confine à la sagesse »<sup>6</sup>. Nous avons besoin de cela. Bien plus, en tout cas, que de la religiosité juridique naïve de ceux qui ne croient qu'en la vertu des textes simples, comme des idées qui les accompagnent.

---

(6) Luc Ferry, *Chroniques du temps présent*, Plon, 2011, p. 195.