



Du droit d'exiger de mourir en France et en Allemagne (obs. à propos des récentes évolutions de l'encadrement juridique de la fin de vie)

Laurie Marguet

RESUMÉ

En France comme en Allemagne, l'encadrement juridique de la fin de vie évolue au gré d'un contentieux aussi riche que controversé. Alors que la Cour constitutionnelle allemande a consacré en février 2020 un droit au suicide assisté, et que la très médiatique affaire Lambert s'est achevée en juillet 2019, il importe de revenir sur ces récentes évolutions et de s'interroger, dans une perspective comparatiste, sur les paradigmes les traversant. Comparer les droits français et allemand, dans un domaine aussi sensible que celui de la fin de vie, permet notamment de rappeler le caractère socialement construit de certaines des logiques qui structurent la réglementation juridique et, partant, de s'interroger sur leur possible transformation.

ABSTRACT

In France and in Germany, the legal frameworks on the End-of-Life evolves through a lot of controversial judicial decisions. As example, in February 2020, the German constitutional Court establishes a right to assisted suicide and in July 2019, the French Courts ended the very controversial case Lambert. Regarding to those examples, it seems important to analyze those legal evolutions, in a comparative perspective, to reveal their main paradigms. The comparison of the French and German legal frameworks, dealing with a sensitive topic such as the End-of-Life, gives us the opportunity to underline the social construction of those legal framework and, as a consequence, to question their potential transformations.

MOTS-CLÉS: fin de vie - arrêt de traitement - suicide assisté - autonomie décisionnelle – médicalisation – France - Allemagne

Pour citer l'article

Laurie Marguet, « Du droit d'exiger de mourir en France et en Allemagne (obs. À propos des récentes évolutions de l'encadrement juridique de la fin de vie) », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, septembre 2020/2, pp. 349-369.

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de l'*Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2020 Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties

Du droit d'exiger de mourir en France et en Allemagne (obs. à propos des récentes évolutions de l'encadrement juridique de la fin de vie)

Laurie Marguet*

Alors qu'en France, la tristement célèbre affaire Lambert s'achevait, non sans dissensus juridictionnel¹ et polémique doctrinale², en juillet 2019, quelques mois plus tard, le 26 février 2020, en Allemagne, la Cour constitutionnelle consacrait un « droit constitutionnellement garanti au suicide (assisté) »³. Si la première a plutôt révélé la complexité de l'encadrement juridique des procédures d'arrêt de traitement en France, la seconde a pu, au contraire, être lue comme une simplification (extrême) de l'encadrement juridique du suicide assisté en Allemagne⁴. Ces deux contentieux partagent néanmoins un point commun : celui de mettre en lumière les résistances qui persistent à une réelle libéralisation de l'encadrement juridique en la matière. Décisions juridictionnelles trop libérales pour les uns⁵, dispositifs législatifs trop peu protecteurs⁶ pour les autres ; la question de la fin de vie ne cesse, en France comme en Allemagne, de faire l'objet de controverses.

* Maîtresse de conférences en droit public à l'Université Paris Est-Créteil, Centre de recherche MIL.

¹ CA Paris, 20 mai 2019, n° 1908858 : La Cour d'appel estime qu'en l'espèce, le refus des autorités françaises de respecter la demande du Comité international des personnes handicapées constitue bien une voie de fait. Selon elle, il s'agit d'une décision insusceptible de se rattacher aux prérogatives de l'administratif dans la mesure où elle porte atteinte à un droit « dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle a trait au droit à la vie consacré par l'article 2 de la CESDH qui constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme et donc dans celles des libertés individuelles ». Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation : CC, 28 juin 2019, n° 1917330 : « d'une part, que, le droit à la vie n'entrant pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, la décision, prise par l'État, de ne pas déférer à la demande de mesures provisoires formulée par le CDPH ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, d'autre part, qu'en l'état notamment des décisions rendues en dernier lieu par le juge des référés du Conseil d'État le 24 avril 2019 et par la Cour européenne des droits de l'homme le 30 avril 2019, cette décision n'était pas manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir lui appartenant ».

² V. notamment O. V. Dervieux, « Monsieur Vincent Lambert ou la double tentation du juge », *Dalloz actualité*, 2 juill. 2019 ; C. Castaing, « Les cinq commandements dans la nouvelle affaire Vincent Lambert », *D.* 2019, p. 1144. J. Roux, « Affaire Lambert : la Cour de cassation aurait pu retenir la voie de fait », *D.* 2019, p. 1400 ; X. Dupré de Boulois, « Affaire Vincent Lambert : la danse macabre continue », *AJDA* 2019, p. 1202.

³ BverfG, Deuxième sénat, 26 février 2020, requêtes 2 BvR 2347/15, 651/16, 1261/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16.

⁴ V. notamment : C. Schütz, T. Sitte, « Viel zu schwer für so wenige Schultern », *GUP* 2020, p. 121 ; V. Boehme-Nessler, « Das Grundrecht auf Suizid », *NWZ*, 2020, p. 1012 ; L. Knopp, M. Hofmann, « Wider en Rechtsstaat – Politik kontra Gerichtsbarkeit », *NWZ*, 2020, p. 982.

⁵ Ibid.

⁶ V. notamment, les propos qui ressortent des interrogations relatives à la fin de vie posées par les états généraux de la bioéthique (disponible sur <https://etatsgenerauxdelabioethique.fr/pages/prise-en-charge-de-la-fin-de-vie>) ; v. également la tribune d'un collectif de 156 députés « [On ne meurt pas bien en France](#) » publiée par le Monde le 28 février 2018 [dernière consultation le 15 septembre 2020] ; C. Fiat, Rapport parlementaire, janvier 2018, n° 583 ; CESE, *Fin de vie : la France à l'heure des choix*, dirigé par P.-A. Gailly, avril 2018.

En tout état de cause, ces affaires, comme bien d'autres, rappellent la complexité qui entoure, de manière générale, le traitement juridique de la vie humaine (et de sa fin) à mesure qu'évoluent les techniques médicales susceptibles de l'impacter (*i. e.* de la prolonger). Rappelons en effet que ce sont, paradoxalement, les progrès médicaux qui sont à l'origine des difficultés qui entourent aujourd'hui la réglementation de la fin de vie : car ce sont les progrès de la réanimation, de la nutrition, de l'hydratation et de la respiration artificielle qui ont permis à certains patients d'être maintenu en vie, dans un état de « vie végétative », sans que leur autonomie physique et/ou mentale puisse être préservée. De telles expériences ont alimenté la peur d'une fin de vie prolongée, sans qualité, parfois uniquement dépendante de machines, à l'origine des premières discussions sur l'encadrement médical et juridique de la fin de vie⁷.

Mais depuis ces premières discussions, l'ampleur des réflexions relatives à la « fin de vie » n'a cessé d'augmenter de sorte qu'elles englobent aujourd'hui de nombreuses questions. Le terme de fin de vie comprend en effet plusieurs dimensions qu'il importe de bien distinguer les unes des autres tant, finalement, les interrogations (et les réponses juridiques apportées) divergent.

Deux types d'interrogations doivent être distinguées⁸ : celles relatives à la possibilité de *laisser mourir* un patient dont l'état général de santé permet de considérer qu'il ne survivrait pas sans l'aide de techniques médicales ; en somme celles relatives à l'arrêt de traitement et celles relatives à la possibilité de faire mourir un patient ; en somme celles relatives au suicide assisté, parfois « euthanasie ». Le terme « euthanasie » ne sera toutefois pas retenu ici tant en raison de sa connotation négative⁹ (en lien avec les pratiques eugéniques nazies euthanasiques) que de son absence de consécration en droit positif.

En matière d'arrêt de traitement, il importe de nouveau de distinguer entre les patients peuvent exprimer directement leur volonté, et ceux qui ne le peuvent pas. Le droit pour un patient capable (physiquement et juridiquement) d'exprimer sa volonté à refuser un traitement, fut-il vital, est explicitement consacré par les droits français et allemand. Ainsi, l'article L1111-4 du Code de la santé publique français (CSP) dispose désormais¹⁰

⁷ R. Horn, « Le débat sur l'euthanasie et ses répercussions sur les pratiques médicales en fin de vie – Un regard comparatif : France – Allemagne », *CNAMTS*, Pratiques et « organisation des soins », 2010/4, vol. 41, p. 324.

⁸ Bien qu'elle ne soit pas abordée ici, il importe de souligner que se pose également la question de savoir si, dans le but de soulager les souffrances d'un patient souffrant, de lui administrer des médicaments à « double effet » (dont l'objectif premier est de limiter la souffrance mais dont les conséquences est l'accélération de la survenance de la mort), voire même de lui administrer, pour le soulager, une dose de médicaments telle que sa conséquence immédiate sera la mort. Le droit positif, français comme allemand, a admis la légalité de ses processus, au croisement entre le laisser mourir et le faire mourir, en tant qu'instrument des soins palliatifs.

⁹ R. Horn, *Le droit de mourir – choisir sa fin de vie en France et en Allemagne*, *op.cit.*, p. 11.

¹⁰ La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé consacre précise qu'« aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment » ; c'est la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie qui consacre la formulation toujours actuelle de l'article L1111-4 CSP.

explicitement que « toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement ». Depuis cette consécration expresse d'un droit au refus de traitement, il n'est en principe dès lors plus possible pour le juge d'admettre la légalité de la continuation d'un traitement, fût-il vital, alors même qu'un patient l'avait expressément refusé, notamment pour des raisons religieuses¹¹. Dans de nombreuses décisions, le juge mentionne également le « droit de refuser un traitement »¹². En Allemagne, le § 630d du Code civil allemand dispose quant à lui que « lors de la mise en œuvre d'un traitement médical, le médecin est obligé de recueillir le consentement du patient ». *A contrario*, il lui est impossible d'agir sans le consentement du patient, ce qui *a fortiori* autorise le patient à décider d'un arrêt, refus ou limitation de soin. En ce qui concerne le patient qui n'est plus capable d'exprimer sa volonté, si ce dernier a exprimé sa volonté par le biais de directives anticipées, l'article L1111-11 CSP dispose qu'elles s'imposent en principe au médecin¹³. Par ailleurs, en France, le Code de santé publique prévoit une procédure spécifique d'arrêt de soin dite pour « obstination déraisonnable » lorsque le patient est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable¹⁴. En Allemagne, l'article 1901a alinéa 1 du Code civil allemand dispose quant à lui que « si une personne majeure inconsciente a préalablement précisé par écrit, pour le cas où elle deviendrait inconsciente, qu'elle consentait ou refusait pour l'avenir à des interventions médicales (directives anticipées),

¹¹ Depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, l'article 16-3 du Code civil disposait déjà qu' « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Cela étant, le juge a parfois considéré qu'il était possible de contourner l'obligation de recueil du consentement. V. notamment, CE, 26 octobre 2001, n° 198546 : « L'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en l'état de l'exprimer [...] trouve [...] sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu [...] ; qu'elle a ainsi entendu faire prévaloir de façon générale l'obligation pour le médecin de sauver la vie sur celle de respecter la volonté du malade ». V. aussi, CE, 16 août 2002, Mme Feuillatey ; S. Hennette-Vaucher, « Kant contre Jehovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Dalloz*, n° 44, 16 décembre 2004, p. 315. La loi de 2005 a précisément entendu mettre fin à ce type de jurisprudence.

¹² CE, 1^{ère}-6^{ème} Chambres réunies, 6 décembre 2012, n°403944 ; CE, Assemblée plénière, 24 juin 2014, n°375081.

¹³ L1111-11 CSP : « Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées expriment la volonté de la personne relative à sa fin de vie en ce qui concerne les conditions de la poursuite, de la limitation, de l'arrêt ou du refus de traitement ou d'acte médicaux. À tout moment et par tout moyen, elles sont révisables et révocables. Elles peuvent être rédigées conformément à un modèle dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Haute Autorité de santé. Ce modèle prévoit la situation de la personne selon qu'elle se sait ou non atteinte d'une affection grave au moment où elle les rédige. Les directives anticipées s'imposent au médecin pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement, sauf en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale ».

¹⁴ En ce sens, l'article L1110-5-1 CSP dispose que les soins ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis « lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie [...], conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale » et après avoir consulté « la personne de confiance [...], la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne ». V. aussi, R4127-37-2 CSP : « la décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées. Lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté et en l'absence de directives anticipées, la décision de limiter ou d'arrêter les traitements dispensés, au titre du refus d'une obstination déraisonnable, ne peut être prise qu'à l'issue de la procédure collégiale prévue à l'article L. 1110-5-1 et après qu'a été recueilli auprès de la personne de confiance ou, à défaut, auprès de la famille ou de l'un des proches le témoignage de la volonté exprimée par le patient ».

alors la personne de confiance doit vérifier que ces déclarations sont encore pertinentes au regard de la situation de vie et de soins de la personne. Si tel est le cas, la personne de confiance doit concrétiser l'expression et la validité de la volonté du patient »¹⁵. Il apparaît ainsi que le patient peut refuser, directement ou indirectement par le biais de directives anticipées, d'être maintenu en vie, du moins (en France) lorsqu'il est en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable.

En ce qui concerne le suicide assisté, le droit français l'interdit. Le Code de déontologie médicale, intégré à la partie réglementaire du Code de la santé publique énonce, en ce sens, que le médecin « n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort ». S'il peut, à certaines conditions, administrer au patient une « sédation profonde », l'article R4127-38 CSP est compris comme ne permettant pas au médecin de prescrire à son patient une dose létale de médicaments lui permettant de se donner la mort¹⁶. En Allemagne, l'encadrement juridique de l'assistance au suicide s'est, au contraire, considérablement clarifié ces dernières années. Si l'assistance directe au suicide (*i. e.* l'administration d'une dose létale) reste *a priori* proscrite, l'assistance indirecte au suicide (*i. e.* la prescription de ladite dose létale) apparaît désormais autorisée, du moins dans certains cas de figure. En premier lieu, la Cour fédérale administrative, dans un arrêt du 2 mars 2017 autorise la fourniture « d'un anesthésique afin de commettre un suicide lorsque la personne qui veut se suicider se trouve, en raison d'une maladie grave et incurable, dans une situation d'extrême détresse »¹⁷. En seconde lieu, dans deux arrêts du 3 juillet 2019¹⁸, la Cour fédérale de justice procède à une inflexion

¹⁵ Les alinéas suivants disposent que « si c'est bien le cas, le tuteur doit déterminer la volonté du patient. Une directive anticipée peut être révoquée à tout moment, sans condition de forme. S'il n'y a pas de directives anticipées ou que celles-ci ne correspondent pas à la situation de vie et de soins de la personne, le tuteur doit déterminer la volonté supposée du patient et décider, sur cette base, s'il consent ou refuse les interventions médicales demandées. La volonté présumée doit être recherchée au regard d'éléments concrets, tels que des déclarations écrites ou orales préalables, les convictions éthiques et religieuses ou les idéologies de la personne. (3) Les alinéas 1 et 2 sont applicables quel que soit le type de maladie et quel que soit son stade d'avancement. (4) Personne ne peut être contraint à rédiger des directives anticipées. La rédaction ou la présentation de directives anticipées ne peut être une condition de la conclusion d'un contrat ».

¹⁶ En ce sens, la presse a récemment relaté le refus du le Président de la République de faire droit à la demande de Monsieur Albert Lecoq, qui demandait « à titre compassionnel, l'autorisation pour le corps médical de me prescrire du pentobarbital » : v. notamment, [« Fin de vie : Alain Cocq demande à Emmanuel Macron de 'l'aider à partir en paix' »](#), La voix du Nord, 15 août 2020. La réponse du Président de la République, selon la presse aurait été la suivante : « votre souhait est de solliciter une aide active à mourir qui n'est aujourd'hui pas permise dans notre pays » : v. notamment, [« Alain Cocq a cessé son traitement après le refus de Macron pour son suicide assisté »](#), Huffingtonpost, 5 septembre 2020) [dernière consultation le 16 septembre 2020].

¹⁷ BVerwG, 2 mars 2017, 3C 19.15 [souligné par l'auteur]. La Cour définit ensuite ce qu'elle considère comme une situation d'extrême détresse avant de considérer qu'en l'espèce, la requérante se trouve bien dans une telle situation, admettant donc, à certaines conditions, l'assistance (médicalisée) indirecte au suicide.

¹⁸ BGH, 5^{ème} chambre criminelle, 3 juillet 2019, 5 StR 132/18 (« Affaire d'Hambourg ») ; 5 StR 393/19 (« Affaire de Berlin »). V. sur ces deux arrêts : D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem assistieren Suizid », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm.4 ; D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem freiverantwortlichen Suizid des Patienten », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm. 5.

importante¹⁹ de sa jurisprudence²⁰ et confirme, au regard des circonstances de l'espèce²¹, la relaxe de deux médecins qui avaient aidé leurs patientes à se suicider en leur prescrivant une dose létale de médicaments et en restant à leur côté jusqu'à la survenance de la mort. Dans les deux espèces en cause, le médicament avait non seulement été pris par les personnes voulant se donner la mort mais qui plus est, elles avaient expressément (et à plusieurs reprises) exprimé (y compris par écrit) leur volonté de mourir. La Cour fédérale considère que l'accord passé entre la patiente et le médecin met fin à l'obligation pour ce dernier de lui porter secours²². En troisième lieu, la Cour constitutionnelle allemande a consacré le 26 février 2020 un droit (constitutionnellement) garanti au suicide (assisté). La Cour devait en l'espèce se prononcer sur la validité du § 217 du Code pénal qui pénalisait, depuis une loi de 2015, « l'assistance commerciale » au suicide. L'objectif de cette disposition pénale était d'empêcher que les associations d'aide au suicide n'influencent trop fortement la décision des patients de mettre fin à leur jour. De ce fait, l'infraction était largement définie : il était interdit de faire de l'aide au suicide répétée l'un des objets de son activité professionnelle²³. Pour être pénalisé, il n'était ainsi pas nécessaire que l'acte soit réalisé dans le but d'obtenir un gain financier supplémentaire²⁴. Cette définition interdisait, partant, des pratiques médicales répétées et impliquait la fermeture des

¹⁹ Sur l'absence de revirement total de jurisprudence en raison du maintien de la conception classique du « *Garantenstellung* » : D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem assistierten Suizid », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm.4 ; D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem freiverantwortlichen Suizid des Patienten », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, anm. 5.

²⁰ Depuis les années 1950, les juridictions judiciaires incriminaient la participation active d'un tiers au suicide d'une personne *via* la complicité à l'homicide (§ 212, § 27 StGB.) l'homicide par abstention (§ 212, § 13 StGB) l'homicide involontaire (§ 222 StGB.) ou l'homicide à la demande (§ 216 StGB). Schématiquement, pour distinguer entre la participation interdite à un suicide et la complicité légale au suicide (BGH, 4 juillet 1984 - BGHSt 32, 367), elle se fondait sur l'identification de trois éléments : l'identification de celui qui a procédé à l'action qui a *effectivement* conduit à la mort (BGH, 18 août 1863 - BGHSt 19, 135 ; BGH, 15 mai 1959, 4 StR 475/58), le degré d'implication de la tierce personne et le degré de libre arbitre de la personne concerné. En principe, plus la personne est jugée libre et responsable de ses actes, moins le tiers a l'obligation de lui porter secours (BGH, 3 décembre 1982 - BGHSt 2, 150). Toutefois, l'analyse de sa jurisprudence indiquait que le juge semble opter pour une interprétation relativement stricte du concept de libre arbitre. Il estime notamment qu'une fois la personne inconsciente, celle-ci n'est de toute manière plus en mesure d'exprimer une volonté claire et perd donc tout libre arbitre, ce qui conduit alors le tiers à devoir agir. Par ailleurs, en Allemagne, comme en France, la non-assistance à personne en danger est incriminée (§ 323c StGB). Or, là encore le juge judiciaire allemand avait une interprétation relativement large de la non-assistance. Pour qualifier l'infraction, il identifiait tout d'abord s'il y avait obligation d'agir en raison de l'existence d'une « situation de danger » puis il vérifiait s'il pesait sur la personne inculpée une obligation spécifique de protéger de la vie de la personne qui avait cherché à se suicider. Il était de jurisprudence constante qu'une fois la personne inconsciente, il était impossible d'identifier sa volonté et que, partant, il importait de lui porter assistance. Sur toutes ces éléments : v. notamment U. Scheffler, « [Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid - besser als ihr Ruf? Rechtsprechung zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid](#) » [dernière consultation le 15 septembre 2020].

²¹ Dans la première espèce, deux femmes âgées et souffrant au quotidien de leurs différents problèmes de santé (certes incurables mais pas mortel) avaient demandé à un médecin de leur prescrire une dose létale de médicament et d'être présent jusqu'à ce que surviennent leur mort. Dans la seconde espèce, une femme plus jeune qui souffrait elle aussi au quotidien d'une maladie incurable (mais non mortelle) avait demandé à son médecin traitant de lui prescrire là encore une dose létale de médicament et d'assister à sa fin de vie (en prenant les mesures palliatives nécessaires à l'élimination de toute souffrance pendant qu'elle s'éteindrait).

²² BGH, 5^{ème} chambre criminelle, 3 juillet 2019 ; 5 StR 393/19 (« Affaire de Berlin »).

²³ V. les débats parlementaires allemands : Drucksache 18/5373, p. 2.

²⁴ V. les débats parlementaires allemands : Drucksache 18/5373, p. 17.

organismes (même sans but lucratif) qui proposaient des « aides au suicide ». Quant au médecin qui portait à plusieurs reprises assistance au suicide d'un patient dans le cadre de son activité professionnelle, il était *a priori* susceptible d'être poursuivi sur le fondement du § 217 du Code pénal. La Cour considère ici qu'en pénalisant l'aide « commerciale » au suicide, le législateur empêche la libre détermination des circonstances de leur mort aux personnes souhaitant se suicider en leur ôtant *de fait* la possibilité de demander à un tiers de les aider²⁵. Le législateur est invité, tant par la Cour constitutionnelle que par la doctrine, à se prononcer prochainement sur l'assistance au suicide. S'il n'a pas pour le moment édicté aucune loi sur le sujet, il apparaît relativement probable qu'une future loi en la matière tende, au regard de l'arrêt du 26 février 2020, à libéraliser cette pratique.

De manière (très) schématique, voire un peu caricaturale, le droit positif applicable en France et en Allemagne pourrait donc être synthétisé de la manière suivante :

| | France | Allemagne |
|---|---|-----------|
| Laisser mourir (arrêt de traitement) | | |
| Un patient capable d'exprimer sa volonté | | |
| Un patient incapable d'exprimer sa volonté... (au moment de l'éventuel arrêt de traitement) | | |
| ... qui a exprimé sa volonté en amont | | |
| ... qui n'a pas clairement exprimé sa volonté en amont | Dans le cadre d'une procédure française spécifique ⁹ | |
| Entre Laisser mourir et Faire mourir (soins palliatifs) | | |
| Médicaments à double effet | | |
| Sédation profonde | | |
| Faire mourir (suicide assisté) | | |
| Indirectement (procuration de l'instrument létal) ⁹ | | |
| Directement (acte létal) | | |

| |
|----------------|
| Autorisation |
| Interdiction |
| Zone « grise » |

Le droit n'apporte ainsi pas les mêmes réponses, que ce soit en France et en Allemagne, aux différentes interrogations relatives à la fin de vie. Ce sont précisément ces différences (et en creux, les similitudes) qui méritent ici d'être analysées. En effet, ici comme ailleurs²⁶,

²⁵ En effet, en Allemagne, la plupart des médecins - en raison notamment des dispositions déontologiques, qui, dans plusieurs Länder disposent que « la participation au suicide n'est pas une mission médicale. Les médecins ne doivent pas porter assistance au suicide » - se déclarent peu enclins à aider leurs patients à se suicider.

²⁶ V. notamment sur les utilités critiques de la comparaison des droits : E. Picard, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, 1999/4 p. 897 ; R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Économica, 1991, p. 8 ; O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », in M. Delmas-Marty, (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Paris, société de législation comparée, 2001, p. 125 ; V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 223 ; M.C. Pontheureau, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, Vol. 57, n° 1, 2005, p. 25.

une approche comparative du droit permet d'interroger les logiques qui travaillent certains dispositifs pour déconstruire ce qui est souvent, dans un ordre juridique donné, présentée comme une évidence, voire même comme une fatalité. Si souligner les points communs permet d'observer la manière dont certains paradigmes structurants le droit des libertés fondamentales (à l'instar de l'autonomie) irrigue, dans plusieurs pays européens, les questions bioéthiques ; pointer les différences entre les ordres juridiques permet de rappeler le caractère construit, contextuel et socialement situé de certains dispositifs juridiques, particulièrement lorsqu'ils encadrent un domaine aussi clivant que celui relatif à la fin de vie. Les droits français et allemand n'accordent en effet pas toujours le même poids à l'idée d'autodétermination individuelle. Dès lors qu'il s'agit ici de s'intéresser à la force contraignante que peut obtenir, en droit, la *volonté*, il importe de se concentrer sur l'encadrement juridique des demandes formulées par des personnes majeures et *a fortiori* capables (hors le cas de figure où c'est précisément leur état de santé qui rendraient incapables de formuler une volonté claire et précise). C'est en se concentrant sur le traitement différencié, en France et en Allemagne, des situations de fin de vie concernant des patients demandant à être *aidé à mourir (I)* par rapport à celles qui concernent, au contraire, la question d'un arrêt de leur traitement qu'il sera alors possible d'observer que l'encadrement de la fin de vie apparaît articulé, dans les deux pays, autour de paradigmes dissemblables, le poids accordé à l'autonomie décisionnelle du patient et celui accordé à la décision médicale n'occupant pas exactement la même place dans ces deux ordres juridiques (II).

Partie I - L'encadrement juridique du suicide assisté: le poids de la décision du patient en France et en Allemagne

Comme le montre le droit applicable en matière de suicide assisté, il existe des différences marquées entre les deux régimes, qui s'explique notamment par la centralité accordée en Allemagne, et non en France, au principe d'autodétermination (A). Cela étant, les incertitudes qui persistent en Allemagne en ce qui concerne la pleine libéralisation de suicide assisté, ainsi que celles qui existent en France en ce qui concerne la pleine pénalisation du suicide assisté, atténuent quelque peu les différences qui peuvent exister entre les deux ordres juridiques (B).

A. Des différences marquées dans les logiques structurant le suicide (médicalement) assisté

Alors que le droit français apparaît *prima facie* interdire le suicide assisté, le droit allemand tend à évoluer vers une libéralisation claire et explicite du suicide assisté au nom du principe d'autodétermination.

La décision de la Cour constitutionnelle sur le suicide assisté du 26 février 2020 fait découler de la Constitution, et plus exactement de son article 1 relatif à l'inaliénabilité de la dignité humaine, un « droit au suicide ». Elle interprète l'article 2 alinéa 1 en relation

avec l'article 1 alinéa 1 de la loi fondamentale allemande - qui consacre un droit au libre épanouissement de sa personnalité – comme impliquant un « droit à une mort librement choisie »²⁷ : « Ce droit comprend la liberté de s'ôter la vie. La décision de chacun de mettre fin à sa vie, au regard de la manière dont il définit la qualité de vie et dont il comprend le sens de son existence doit être vue comme un acte d'autonomie qui doit être respecté par l'Etat et la société »²⁸. Elle ajoute - et c'est l'un des points les plus controversés de la décision²⁹ – qu'il découle de cette liberté « la liberté de chercher, à ces fins, l'aide d'un tiers, et celle d'obtenir cette aide »³⁰. Selon la Cour, il importe de partir de la conception « que l'homme peut s'épanouir et s'autodétermine en toute liberté, la protection de la dignité humaine comprend en particulier le respect de l'individualité personnelle de chacun, de son identité et de son intégrité. Cette protection [...] interdit de considérer l'homme comme un simple objet de l'action de l'Etat ou de l'exposer à une action qui remet en question ses qualités les plus subjectives. L'inaliénabilité de la dignité humaine suppose que celui-ci soit toujours reconnu comme une personne autonome »³¹. Sans entrer ici davantage dans l'analyse de la décision de la Cour constitutionnelle, il y apparaît très clairement que le principe d'auto-détermination structure désormais l'encadrement juridique du suicide assisté.

Mais, même avant cette retentissante décision, la logique des droits fondamentaux et plus particulièrement l'idée d'autodétermination irriguait déjà les décisions juridictionnelles relatives au suicide assisté, c'est-à-dire celles concernant des patients qui demandait l'aide active d'un tiers pour cesser de vivre. Dans les deux arrêts préalablement mentionnés du 5 juillet 2019, la Cour fédérale de justice confirme la relaxe des médecins en se fondant explicitement sur les droits fondamentaux de la personne qui souhaitait se suicider. Elle considère en effet que le médecin étant face à un dilemme entre d'un côté, l'obligation qui découle du Code pénal de porter secours à la patiente et, de l'autre, l'obligation qui découle de la Constitution, de respecter l'autodétermination de la patiente. Elle ajoute que face à un tel dilemme, le respect de la Loi fondamentale impose la primauté du respect de l'autonomie décisionnelle de la personne qui voulait se suicider. Par ailleurs, dans la décision du 2 mars 2017 de la Cour fédérale administrative, elle autorise la fourniture, en cas d'extrême détresse, d'une dose létale de médicaments car « découle des droits généraux de la personnalité consacrée par les articles 2 alinéa 2 et l'article 1 alinéa 1 de la Loi fondamentale le droit, pour une personne atteinte d'une maladie grave et incurable, de décider comment et quand elle souhaite mettre fin à sa vie dès lors qu'elle peut forger seule sa volonté »³².

²⁷ BverfG, 26 février 2020, *op.cit.* : « Ein recht auf selbstbestimmtes Sterben », § 201.

²⁸ BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, considérant 1.

²⁹ V. notamment, C. Schütz, T. Sitte, « Viel zu schwer für so wenige Schultern », *GUP*, 2020, p. 121.

³⁰ BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, considérant 2 ; § 208 ; § 212.

³¹ BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, § 206.

³² BVerwG, 2 mars 2017, 3C 19.150.

La logique allemande apparaît ainsi, comme le souligne la Cour constitutionnelle allemande le 26 février 2020³³, proche de celle qui irrigue la jurisprudence de la CEDH qui, consacre elle-aussi, un « droit à décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin »³⁴; ce qui distinguerait alors les droits français et allemand du droit français.

B. Des différences atténuées entre la France et l'Allemagne par les incertitudes entourant le suicide (médicalement) assisté

Même si la Cour constitutionnelle allemande se réfère explicitement à la jurisprudence européenne, notons tout d'abord que la CEDH n'a jamais explicitement consacré un droit au suicide assisté³⁵. Quant à la concrétisation d'un tel droit en Allemagne, il importe de

³³ BverfG, 26 février 2020, *op.cit.*, § 302 et suivants.

³⁴ CourEDH, 20 janvier 2011, *Haas contre Suisse*, n° 3132207, para 60.

³⁵ V. notamment, CourEDH, 29 avril 2002, *Pretty contre Royaume-Uni*, n° 234602, para 39 : « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie ». De manière générale, la Cour accorde aux États membres une large marge d'appréciation sur cette question : CourEDH, 20 janvier 2011, *Haas contre Suisse*, n° 3132207 : « eu égard à la marge d'appréciation dont disposent dans ce domaine les autorités internes, la Cour estime que, même à supposer que les États aient une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'ont pas méconnu cette obligation en l'espèce » ; CourEDH, 19 juillet 2012, *Koch contre Allemagne*, n° 49709 : la Cour européenne prononce ici un constat de violation de l'article 8 CESDH, considérant que « le refus des juridictions internes d'examiner au fond la demande de la requérante [relative à la contestation du refus de délivrance d'une dose létale de médicament] a emporté violation du droit de celle-ci au respect de sa vie privée au regard de l'article 8 de la Convention ». En l'espèce, c'est le refus des juridictions d'examiner la demande de la requérante qui est sanctionné par la Cour. La Cour ne se prononce pas sur la question substantielle de savoir si l'État doit, sur le fondement de l'article 8, aider les individus à se faire mourir ; CourEDH, 14 mai 2013, *Gross contre Suisse*, n° 6781010 : Dans un arrêt de chambre, la Cour condamne la Suisse pour ne pas avoir clairement encadré cette question. Ce n'est pas sur les obligations positives de l'État que se prononce la Cour. Elle précise même ne souhaiter « en aucun cas prendre position sur le contenu que devraient avoir ces directives ». La Cour sanctionne seulement la Suisse pour le manque de clarté de sa législation relative à la fin de vie ; CEDH, 5 juin 2015, *Lambert contre France*, n° 4604314 : non seulement il n'était pas question d'assistance au suicide mais qui plus est, la Cour se contente, en effet, d'examiner si le Conseil d'État a correctement vérifié la bonne application des conditions prévues par la loi. Dans le même sens : CourEDH, 23 janvier 2018, *Afiri et Biddarri contre France*, n° 1828. De manière générale, la question de la fin de vie est abordée sous l'angle de la procéduralisation : le contrôle ne porte souvent pas tant sur la substance des droits que sur les procédures elles-mêmes. CourEDH, 16 juillet 2015, *Nicklinson et Lamb contre Royaume-Uni*, n° 2478/15 : « Mme Nicklinson se plaignait, sur le terrain de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), que les juridictions internes n'aient pas apprécié la compatibilité du droit relatif au suicide assisté au Royaume-Uni avec son droit et celui de son mari au respect de la vie privée et familiale la Cour considère que la majorité des juges de la Cour suprême a examiné le fond du grief de Mme Nicklinson en concluant qu'elle n'avait pas démontré que soient apparus des faits nouveaux pertinents depuis l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*. Le fait qu'ils aient, dans leur appréciation, accordé un poids considérable à l'avis du Parlement ne signifie pas qu'ils aient manqué à procéder à une mise en balance. Ils pouvaient légitimement conclure qu'à la lumière de la nature sensible du sujet et de l'absence de consensus entre les États membres sur la question, l'avis du Parlement pesait lourd dans la balance » (communiqué de presse de la greffe sur l'affaire, 16 juillet 2015) ; CourEDH, 27 juin 2017 (corrigé le 3 juillet 2017), *Gard et autres contre Royaume-Uni*, n° 39793/17 : « La Cour a tenu compte en particulier de la marge de manœuvre considérable (« marge d'appréciation étendue ») dont jouissent les autorités en matière d'accès aux soins expérimentaux pour les patients en phase terminale et dans les affaires soulevant des questions délicates d'ordre moral et éthique, rappelant que la Cour n'a pas à se substituer aux autorités internes compétentes. Sous cet angle, elle a jugé important qu'un cadre légal interne – compatible avec la Convention – ait été disponible, régissant aussi bien l'accès aux soins expérimentaux que la cessation des soins de soutien aux fonctions vitales ».

préciser que, même si la rhétorique qui prévaut dans les dernières décisions des juridictions suprêmes allemandes met en lumière une logique relativement différente de celle qui préside à l'encadrement juridique de la fin de vie en France, il reste entouré de nombreuses incertitudes. En effet, depuis l'invalidation par la Cour constitutionnelle, il n'est certes, *a priori*, désormais plus interdit aux différentes associations d'aide au suicide d'intervenir en Allemagne mais est-ce à considérer que les médecins peuvent également fournir une telle aide ? Si une réponse positive apparaît conforme à la logique suivie par la Cour constitutionnelle, la doctrine allemande est divisée sur la question³⁶ ; et seule une nouvelle loi permettrait de répondre clairement à cette question. En ce sens, notons que depuis la décision de la Cour, une cinquantaine de personnes ont demandé au ministère de la santé l'accès à des médicaments létaux ; demande qui leur a été refusée³⁷. Par ailleurs, sur le plan strictement juridique, la conséquence principale de la décision est l'invalidation du § 217 du Code pénal (qui interdit l'assistance « commerciale » au suicide) : le suicide assisté redevient donc soumis au régime juridique antérieure à l'édiction du § 217. Or, avant la création (relativement récente : en 2015) de cette disposition, l'assistance au suicide n'était pas pleinement autorisée. Les dispositions déontologiques de nombreux Länder interdisent, en effet, aux médecins d'aider leur patient à se suicider³⁸. Par ailleurs, si les récents arrêts de 2019 de la Cour fédérale de justice ont *a priori* supprimé les risques pénaux qui pesaient sur les médecins qui aidaient leur patient ayant expressément indiqué son souhait de se donner la mort, elle n'a pas par principe supprimé l'obligation pour les médecins de porter secours à une personne inconsciente³⁹, fût-ce en raison d'une tentative de suicide. Si les circonstances de l'espèce - la volonté des personnes s'étant donné la mort était on ne peut plus explicite et ne laissait planer aucun doute sur leur volonté de mourir -, ce qui justifie la relaxe des médecins, il n'est pour autant possible d'affirmer qu'elle s'appliquerait dans n'importe quel cas de suicide (médicalement) assisté⁴⁰.

A l'inverse, en France, si le suicide assisté apparaît interdit, il importe de préciser que, pénalement, l'assistance au suicide n'est pas sanctionnée : en l'absence d'infraction principale, la complicité ne saurait être pénalisée. Il est donc possible pour un tiers d'aider une personne à se donner la mort. Cependant, les dispositions pénales relatives à la non-

³⁶ V. notamment J.F. Lindner, « Sterbehilfe in Deutschland – mögliche Regelungsoptionen », ZRP, 2020, p. 66.

³⁷ V. notamment l'article « Grosses Interesse an Sterbehilfe vom Staat- Druck auf Spahn steigt », Tagespiegel, 16 septembre 2020.

³⁸ Les règles déontologiques sont soumises à la compétence des Länder. Or, les dispositions de la plupart des Länder disposent que « la participation au suicide n'est pas une mission médicale. Les médecins ne doivent pas porter assistance au suicide ».

³⁹ La mise en œuvre du § 323c du Code pénal sur la non-assistance à personne en danger se fonde sur la notion de « Garantstellung » (« position de garant ») : Cette disposition impose à celui qui est titulaire d'une obligation juridique - que ce soit en vertu de la loi, de la coutume ou d'un contrat- d'agir pour protéger les tiers contre la survenance d'un danger s'il en a la possibilité physique. En matière de suicide, cette disposition permet notamment au juge de pénaliser les tiers qui n'apportent pas leur aide à des personnes qui ont cherché à se donner la mort. Dans les arrêts du 3 juillet 2019, la Cour fédérale de justice ne soustrait pas, par principe, les médecins de la catégorie des garants susceptibles de devoir porter assistance à une personne cherchant à se suicider.

⁴⁰ En ce sens, D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem assistieren Suizid », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, ann.4 ; D. Stage, U. Hellmann, « Strafbarkeit eines Arztes bei einem freiverantwortlichen Suizid des Patienten », *JurisPR-StrafR*, 4/2020, ann. 5.

assistance à danger peuvent servir de fondement pour poursuivre une personne qui aurait indirectement aidé un tiers à se suicider⁴¹. Dans l'affaire Jean Mercier, un octogénaire avait été poursuivi sur ce fondement pour avoir aidé sa femme à se suicider en lui apportant les médicaments létaux et un verre d'eau. Il avait été condamné par le tribunal correctionnel de Saint-Etienne à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis⁴². Il a toutefois été relaxé par la Cour d'appel de Lyon le 10 novembre 2016⁴³, relaxe confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 13 décembre 2017⁴⁴. Cette relaxe a alors pu être lue comme autorisant, dans certains cas de figure, le suicide assisté⁴⁵. En effet, dans la mesure où dans les faits, ceux et celles qui ont pu aider des tiers à se suicider ne sont pas condamnées pénalement, les dispositions textuelles considérées comme interdisant le suicide assisté apparaissent finalement restées lettre morte. Les dispositifs pénaux semblent dès lors peu effectifs pour interdire, dans tous les cas de figure, la pratique du suicide assisté.

Par ailleurs, l'article 221-1 du Code pénal dispose en effet que « le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre [qui] est puni de trente ans de réclusion criminelle ». Il est dès lors en principe interdit d'administrer une dose létale de médicament à une personne. Si le tiers est un médecin, ses obligations déontologiques lui interdisent, en outre, la prescription d'un tel médicament. Bien que le contentieux pénal n'apparaisse pas très dense en la matière, certaines affaires (très médiatisées) telles que celle de Vincent Humbert en 2006 se sont soldées par un non-lieu. La mère de la « victime » et son médecin, qui lui avait injecté une dose létale de médicament, n'ont pas été condamnés, compte tenu des circonstances de l'espèce et notamment de l'incapacité physique pour le patient de se donner lui-même la mort⁴⁶.

⁴¹ En dehors des interrogations relatives au suicide assisté, v. notamment sur le lien entre suicide et non-assistance à personne en danger : CC, chambre criminelle, 5 mars 1992, n° 9181295 ; CC, chambre criminelle, 4 juin 2013, n° 1285874 ; CC, chambre criminelle, 28 juin 2016, n° 1584269.

⁴² Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 décembre 2017, n° 1687054 : « que le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu concernant le meurtre et de renvoi de M. X... devant le tribunal correctionnel pour y répondre du délit de non-assistance à personne en danger ; que le tribunal correctionnel [de Saint-Etienne] a déclaré M. X... coupable de ce délit et l'a condamné à un an d'emprisonnement avec sursis ».

⁴³ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 décembre 2017, n° 1687054 : « l'arrêt [d'appel] énonce que la scène du 10 novembre 2011, devant s'analyser dans son ensemble, correspond à un acte positif de M. X... et non à une omission ou à une abstention coupable ; que les juges ajoutent que la seule qualification applicable est celle de meurtre, voire de complicité de meurtre, mais que le non-lieu prononcé de ce chef, définitif en soi, empêche de nouvelles poursuites ».

⁴⁴ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 13 décembre 2017, n° 1687054 : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, nonobstant le motif erroné mais surabondant relatif à la complicité de meurtre, la cour d'appel n'a méconnu aucun des textes visés au moyen, dès lors que le juge d'instruction ayant été saisi du crime de meurtre et du délit de non-assistance à personne en péril et ayant prononcé un non-lieu du chef de meurtre, son ordonnance de règlement avait autorité de la chose jugée, la personne mise en examen à l'égard de laquelle le juge d'instruction a dit n'y avoir lieu à suivre ne pouvant plus être recherchée à l'occasion du même fait, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges, en application de l'article 188 du code de procédure pénale ».

⁴⁵ En ce sens : [« La décision de la Cour de cassation sur la fin de vie "légitime un peu le suicide assisté" »](#), *Le Monde*, 14 décembre 2017 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

⁴⁶ V. notamment [« Non-lieu général dans l'affaire du tétraplégique Vincent Humbert »](#), *Le Monde*, 2 février 2006 [dernière consultation le 15 septembre 2020].

En matière de suicide assisté, l'encadrement juridique français n'est dès lors pas dénué d'incertitudes. Le suicide (médicalement) assisté est *a priori* interdit par les dispositions déontologiques, ce qui empêche, partant, un encadrement éventuel de la pratique. Quant au suicide (non-médicalement) assisté, il n'apparaît pas clairement réglementé. Si les textes juridiques tendent plutôt à interdire au médecin d'aider son patient à se suicider (que ce soit directement ou indirectement), l'interprétation⁴⁷ faite par les juges de la non-assistance à danger ou l'homicide brouille quelque peu les frontières entre l'assistance légale au suicide et ses formes proscrites.

Malgré tout, une évolution marquée vers un droit au suicide apparaît en Allemagne ; droit qui comprend la possibilité de demander à un tiers une aide pour se suicider ; même si, bien sûr, ledit tiers n'a jamais l'obligation d'accepter⁴⁸. L'affirmation d'un tel droit au nom de la dignité humaine dans un pays historiquement marqué par le nazisme et, par la suite, par la consécration de la protection de la vie comme la « valeur fondamentale suprême de l'ordre juridique »⁴⁹ indique qu'il est possible d'appréhender la protection de la vie humaine non pas seulement comme une protection relative à la seule vie « biologique » mais également comme une protection relative à la vie « bonne », c'est-à-dire comme prenant en considération la manière dont chaque individu définit sa propre qualité de vie. En ce sens, la Cour constitutionnelle conclut sa décision en affirmant « qu'en raison de la reconnaissance constitutionnelle d'un droit au suicide [...] il est interdit de conditionner l'autorisation de l'aide au suicide à des critères matériels, comme l'existence d'une maladie grave et incurable (et/ou) en phase terminale [car la décision de se suicider ne peut dépendre que de motifs strictement personnels et [la qualité de vie] ne saurait être définie au regard de critère objectif]. Cela n'empêche pas qu'au regard des différentes situations, la preuve du sérieux (dans le temps) de la demande soit exigée ».

Mais au-delà de la question de l'assistance au suicide expressément demandée, là où des difficultés importantes persistent également, en France comme en Allemagne, c'est lorsqu'il convient d'appréhender la fin de vie d'un patient inconscient incapable de consentir expressément - au moment où elle est proposée - à la mesure envisagée. Si cela exclut bien sûr tout questionnement en matière de suicide assisté, cela n'épuise pas toutes les interrogations en matière d'arrêt de soin. Or, là encore, le droit allemand impose une recherche approfondie alors que le droit français n'a, quant à lui, pas toujours fait du critère de la volonté du patient une condition *sine qua non* de l'arrêt de traitement. Encore

⁴⁷ Circulaire du 20 octobre 2011 concernant la mise en œuvre de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et de traitement judiciaire des affaires dites de « fin de vie ». Selon la direction des affaires juridiques, la circulaire « propose un cadre destiné à l'ensemble des magistrats amenés à traiter ces affaires, en particulier au stade de l'instruction et souligne la nécessité pour le magistrat d'adopter « un discernement et un tact particuliers » à l'égard des familles concernées ».

⁴⁸ BVerfG, 26 février 2020, *op.cit.*, considérant 6.

⁴⁹ On se permet de renvoyer à L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne. Etude sur la normalisation de la vie*, Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2018, p. 62 et suivantes. V. également, BVerfG, 30 juin 1964 - BVerfGE 18, 112 : l'article 2 relatif au droit à la vie signifie « la reconnaissance de la valeur fondamentale de la vie humaine ».

aujourd'hui, il existe, en France, des cas de figure dans lesquels l'équipe médicale peut décider, seule (ou presque), d'un arrêt de traitement. Quant au droit allemand, une étude approfondie du droit positif relève là encore certaines incertitudes.

Partie II - L'encadrement juridique de l'arrêt de traitement: le poids de la décision médicale en France et en Allemagne

En ce qui concerne l'arrêt de soin exigé expressément par le patient, il apparaît garanti par les droits français et allemand. Au regard du faible contentieux en la matière (notamment, en France depuis la réforme de 2016⁵⁰) - il est possible de supposer que le droit au refus de soin d'un patient ayant pu clairement exprimer sa volonté, est, en pratique, respecté. En revanche, la situation est plus complexe lorsque l'arrêt de soin n'est pas expressément, verbalement et directement demandé par le patient. Dans un tel cas de figure, les droits français et allemand imposent, de manière à première vue similaire, au médecin de s'enquérir de la volonté du patient en examinant, si elles existent, les directives anticipées du patient ; celles-ci étant supposées primer même si elles n'apparaissent pas conformes à l'avis médical (A). Pourtant, en France, de manière visible, mais également en Allemagne, même si c'est de manière moins évidente, il apparaît également possible pour le médecin d'arrêter les traitements d'un patient considéré comme étant maintenu artificiellement en vie, même si sa volonté n'est pas clairement déterminée (B).

A. Des similitudes visibles entre la France et l'Allemagne dans le poids accordés aux directives anticipées

En Allemagne, là encore, la possibilité pour un individu de se *laisser mourir* est fondée sur le droit à l'autodétermination du patient qui découle de l'article 1 LF, la Cour fédérale de justice énonçant en 2003 que « le caractère contraignant des directives anticipées s'explique par le respect de la dignité humaine qui assure le respect du droit à l'autodétermination, même si le patient n'est plus en état de l'exercer »⁵¹. Plus encore, la loi comme le juge attachent beaucoup d'importance à la recherche de la volonté présumée du patient ; un ensemble d'éléments variés devant être prises en compte pour la reconstituer⁵². Le juge considère également qu'il n'est pas possible d'exclure l'application des directives anticipées en considérant que le patient « aurait changé d'avis s'il avait connu la situation

⁵⁰ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie. Avant cette loi, l'existence d'un droit à l'arrêt de traitement était contestée par le juge administratif : CE, 26 octobre 2001, n° 198546 ; CE, 16 août 2002, Mme Feuillatay ; S. Hennette-Vauchez, « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *Dalloz*, n° 44, 16 décembre 2004, p. 315.

⁵¹ BGH, 17 mars 2003, XII ZB 2/03.

⁵² § 1901a BGB. V. aussi en ce sens, BGH, 08 mai 1991, 3 StR 467/90 : « des mesures, conformes à la volonté exprimée ou présumée du patient, sont possibles si elles consistent en la non-administration ou l'arrêt de traitements visant à prolonger la vie ». L'idée de « volonté présumée » est très critiquée par la doctrine Höfling/Rixen, *JZ*, 2003, p. 884 cité par V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, Universitätsdrucke Göttingen, 2005, p. 38 : « Cependant, c'est la seule solution pour garantir, le mieux possible, l'auto-détermination du patient. Il n'y a pas de place pour la règle "in dubio pro vita" au regard de la primauté du principe de la protection de la dignité humaine ».

actuelle. C'est au patient de porter la charge de son pouvoir décisionnelle. Dès lors qu'il explicite sa volonté en amont, il court [certes] le risque de ne pas pouvoir la modifier à temps »⁵³ mais c'est là la conséquence de son droit à l'autonomie décisionnelle.

Le Code civil allemand soumet, on l'a vu, le médecin au respect des directives anticipées du patient telles dès lors que la personne de confiance a considéré qu'elles reflétaient bien la volonté actuelle du patient.

En France, la réforme de 2005 a également posé le principe du caractère contraignant des directives anticipées. En ce sens, L1110-5-1 CSP indique que les soins résultant d'une obstination « ne peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, [que] conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire ». L'article R4127-37-2 CSP précise que « la décision de limitation ou d'arrêt de traitement respecte la volonté du patient antérieurement exprimée dans des directives anticipées ». Dans le même sens, les articles L1111-12 CSP et L1111-13 CSP au médecin de s'enquérir de la volonté du patient dans ses directives anticipées, ou par le recueil du témoignage de la personne de confiance ou, à défaut, de tout membre de la famille ou proche du patient. Ainsi, même dans le cadre de la procédure spécifique relative à l'obstination déraisonnable, l'équipe médicale doit désormais (depuis un arrêt du 24 juin 2014 du Conseil d'Etat « retranscrit » par la loi de 2016⁵⁴) « prendre en compte la volonté du patient »⁵⁵ inconscient (et par hypothèse incapable d'exprimer sa volonté). En ce sens, le Conseil d'Etat précise depuis qu'« une attention particulière doit être accordée à la volonté que le patient peut avoir exprimée, par des directives anticipées ou sous une autre forme »⁵⁶. Il ajoute que « dans l'hypothèse où cette volonté demeurerait inconnue, elle ne peut être présumée comme consistant en un refus du patient d'être maintenu en vie dans les conditions présentes. Le médecin doit, dans l'examen de la situation propre de son patient, être avant tout guidé par le souci de la plus grande bienfaisance à son égard, et, lorsque le patient est un enfant, faire de l'intérêt supérieur de celui-ci une considération primordiale »⁵⁷. Dans un arrêt du 10 juillet 2020, la Cour administrative de Paris rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat indiquant le « droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés ainsi que le droit que sa volonté de refuser un traitement et de ne pas subir un traitement médical qui traduirait une obstination déraisonnable soit respectée ». Elle rappelle qu'une telle procédure ne peut être mise en œuvre que « sous la double et stricte condition que la poursuite de ce traitement traduise une obstination déraisonnable et que soient respectées les garanties tenant, d'une part [à la procédure collégiale], et, d'autre part, au respect de la volonté du patient, telle qu'elle a pu trouver à s'exprimer, le cas échéant, dans les directives anticipées

⁵³ BGH, 16.01.1991 - XII ZB, BGHZ 154,90.

⁵⁴ Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

⁵⁵ CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 375081.

⁵⁶ V. notamment CE, 10 octobre 2018, n°424042.

⁵⁷ CE, 6 décembre 2017, n° 403944.

antérieurement rédigées »⁵⁸ ou « [...] qu'après avoir consulté la personne de confiance, dans le cas où elle a été désignée par le patient, ou, à défaut, la famille ou les proches, afin, notamment, de s'enquérir de la volonté du patient et en s'efforçant de dégager une position consensuelle »⁵⁹.

Mais si à première vue, les droits français et allemand accordent à la volonté du patient inconscient une certaine force contraignante, il est également des similitudes dans la manière dont ils accordent au médecin une marge de manœuvre pour appréhender l'arrêt de soin de ses patients.

B. Des similitudes cachées entre la France et l'Allemagne dans le poids accordé à la décision médicale

En France, le Code de la santé publique précise que les directives anticipées d'un patient peuvent ne pas être appliquées « en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation et lorsque les directives anticipées apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale »⁶⁰. Juridiquement, il est donc possible pour le médecin de ne pas respecter la volonté clairement exprimée d'un patient. Si l'absence, à notre connaissance, de contentieux sur la non-application des directives anticipées d'un patient par l'équipe médicale suggère le respect effectif par le corps médical de ces directives ; le législateur lui accorde néanmoins la marge de manœuvre nécessaire pour vider, s'il l'estime nécessaire, de leur substances lesdites directives.

Par ailleurs, il est des cas de figure dans lesquels l'arrêt de traitement considérés comme constituant une obstination déraisonnable a été validé par le juge alors même que la volonté du patient était incertaine et que certains proches s'opposaient même à cet arrêt de traitement. L'exemple le plus paradigmatique de ce que la procédure spécifique d'arrêt de soins prévue par l'article 1110-5-1 CSP ne se structure pas fondamentalement autour de la *volonté* du patient est la célèbre affaire Lambert puisqu'en l'espèce les proches s'opposaient notamment sur ce qu'aurait pu vouloir le patient : alors que sa femme affirmait qu'il avait expressément indiqué ne jamais vouloir être maintenu dans un état de vie « végétative » (affirmation reprise par certains juges ⁶¹), ses parents affirmaient que cela ne

⁵⁸ En ce sens : CAA Paris 10 juillet 2020, 8^{ème} chambre, 19PA08664 ; CAA Marseille, 28 février 2019, 2^{ème} chambre, 17MA01092 ; CAA Bordeaux, 2^{ème} chambre - formation à 3, 4 avril 2017, 15BX01326. Ces arrêts reprennent la jurisprudence dégagée par le Conseil d'Etat : CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 37508 ; CE, 6 décembre 2017, n°403944.

⁵⁹ CAA Marseille, 28 février 2019, 2^{ème} chambre, 17MA01092 ; CAA Paris 10 juillet 2020, 8^{ème} chambre, 19PA08664.

⁶⁰ L1111-11 CSP.

⁶¹ V. notamment CC, 1^{ère} chambre civile, 8 décembre 2016, n° 1610298 (sur les mesures de tutelle) : « Monsieur Vincent X ayant exprimé le souhait de ne pas continuer à vivre dans un état de grande dépendance ». CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 375081 : « Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte des dispositions du code de la santé publique qu'il peut être tenu compte des souhaits d'un patient exprimés sous une autre forme que celle des directives anticipées ; qu'il résulte de l'instruction, en particulier du témoignage de Mme E..G..., qu'elle-même et son mari, tous deux infirmiers, avaient souvent évoqué, leurs expériences professionnelles auprès de patients en réanimation ou de personnes polyhandicapées et qu'à ces occasions, M. G...avait clairement et à plusieurs reprises exprimé le

correspondaient pas à sa conception de la vie. En outre, de nombreux contentieux relatifs à la mise en œuvre de la procédure spécifique d'arrêt de soin pour obstination déraisonnable concernent des affaires dans lesquels le patient n'avait pas précisé, en amont, sa volonté. C'est alors au juge que revient la tâche de déterminer si les médecins ont correctement mis en œuvre ladite procédure d'arrêt de soin. Les décisions médicales d'arrêt de soins ne sont, dans de tels cas de figure, ni systématiquement remises en cause ni systématiquement approuvées. Pour déterminer la validité de la la procédure, le juge considère que les médecins doivent se fonder sur un ensemble d'éléments « médicaux et non médicaux, dont le poids respectif ne peut être prédéterminé et dépend des circonstances particulières à chaque patient, le conduisant à appréhender chaque situation dans sa singularité [et qu'] une attention particulière doit être accordée à la volonté que le patient peut avoir exprimée, par des directives anticipées ou sous une autre forme »⁶². Si la volonté fait, entre autres, partie des éléments à prendre en compte, le juge s'assure également de l'irréversibilité définitive de l'état du patient. Par exemple, dans un arrêt du 17 janvier 2019⁶³, le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution de l'arrêt de soins, considérant qu'en l'espèce l'évolution de l'état de la patiente était telle que l'arrêt de soins n'apparaissait plus justifié. Mais il existe d'autres affaires, concernant des mineurs notamment, où le juge estime que, malgré le refus parental, l'arrêt de traitement était justifié⁶⁴. Il en va notamment ainsi dans l'affaire de la jeune Ines Biddarri qui a fait l'objet d'un recours devant la CEDH. La Cour européenne a toutefois considéré que la procédure d'arrêt de soin ne portait pas atteinte à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁶⁵.

La procédure d'arrêt de soins pour obstination déraisonnable se fonde sur l'idée selon laquelle il est parfois préférable de laisser mourir un patient lorsque ce dernier n'est maintenu qu'artificiellement en vie – sans réactivité et sans qualité de vie aucune – par la seule intervention de la technique et que cette dernière peut, qui plus est, être source de souffrances⁶⁶. Et c'est au médecin (contrôlé par le juge) que revient la tâche de qualifier le caractère artificiel du maintien en vie.

souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance ; que la teneur de ces propos, datés et rapportés de façon précise par Mme E...G..., a été confirmée par l'un des frères de M. G... ; que si ces propos n'ont pas été tenus en présence des parents de M. G..., ces derniers n'allèguent pas que leur fils n'aurait pu les tenir ou aurait fait part de souhaits contraires ; que plusieurs des frères et sœurs de M. G...ont indiqué que ces propos correspondaient à la personnalité, à l'histoire et aux opinions personnelles de leur frère ; qu'ainsi, le Dr. Kariger, en indiquant, dans les motifs de la décision contestée, sa certitude que M. G... ne voulait pas avant son accident vivre dans de telles conditions, ne peut être regardé comme ayant procédé à une interprétation inexacte des souhaits manifestés par le patient avant son accident ». V. également, le commentaire de cet arrêt par le CE lui-même : « S'agissant de la volonté du patient, le Conseil d'État a relevé que M. Vincent Lambert avait clairement et à plusieurs reprises exprimé le souhait de ne pas être maintenu artificiellement en vie dans l'hypothèse où il se trouverait dans un état de grande dépendance et que le médecin ayant pris la décision d'arrêt des traitements avait fait une exacte interprétation des souhaits manifestés par le patient avant son accident ».

⁶² Affirmation constante depuis CE, ass. plén., 24 juin 2014, n° 375081. V. également, CE, 5 janvier 2018, n° 416689.

⁶³ CE, 17 janvier 2019, n° 424042.

⁶⁴ CE, 5 janvier 2018, n° 416689.

⁶⁵ V. également, CourEDH, 23 janvier 2018, Afiri et Biddarri contre France, n° 1828.

⁶⁶ On se permet de renvoyer à S. Hennette-Vauchez, L. Marguet, « Bioéthique », Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 10/2020, 171-193.

En Allemagne, il n'existe aucune procédure similaire à celle prévue en France par l'article 1110-5-1 CSP. Le contexte historique du pays explique sans difficulté qu'aucune procédure de ce type n'ait été explicitée consacrée. Cela s'explique également par une différence de contexte juridique. En Allemagne, les questions relatives à la fin de vie (au sens large) sont principalement appréhendées par le droit civil et le droit pénal, tous deux irrigués par la logique des droits fondamentaux. En Allemagne c'est ainsi pendant longtemps principalement la doctrine pénaliste et civiliste qui s'est saisie des problématiques en lien avec la fin de vie. Les questions sur la fin de vie s'articulent ainsi, en premier lieu, autour d'une réflexion relative au contrat médical. Le médecin est avant tout tenu de respecter le contrat qu'il a passé avec son patient ; contrat dont l'objet premier est la protection de la vie et de la santé dudit patient mais qui n'autorise le médecin à agir que dans les limites inhérentes à tout contrat : c'est-à-dire avec l'accord du patient. Dès lors, la question de l'arrêt de traitement est abordée de manière assez classique sur le plan civiliste : sans l'accord du patient, le médecin n'est pas contractuellement à agir. La centralité du *contrat médical* dans la réflexion sur la fin de vie peut fournir une explication de ce que, dès l'origine, les réflexions sur la fin de vie se soient structurées autour de la notion de *volonté* ; celle-ci étant précisément au cœur du contrat (classiquement défini comme un « accord de volonté » entre les partis). Si le patient est dans l'incapacité de procéder à une nouvelle « négociation » du contrat car il est inconscient, c'est là encore le droit commun civil qui s'applique : les mécanismes relatifs à la protection du majeur (ici « factuellement ») incapable interviennent pour s'assurer que les décisions médicales prises par rapport au patient respecte sa volonté. Les dispositions spéciales relatives aux directives anticipées ont ainsi été intégrées, en 2009, dans le chapitre du Code civil relative à la « tutelle et à la curatelle ». Si l'application du droit commun ne résout bien sûr pas toutes les difficultés susceptibles de se poser en matière d'arrêt de traitement, il importe malgré tout de souligner ici que, tout en étant travaillés par le principe constitutionnel d'autodétermination, les outils et solutions apportés ont été ceux du droit des majeurs protégés. En parallèle, le droit pénal intervient pour protéger la vie humaine. Le contentieux pénal relatif à l'articulation entre « respect de la volonté du patient qui souhaite mourir » et obligation de porter assistance à une personne à danger (ou interdiction de commettre un homicide par omission) apparaît ainsi plus important en Allemagne qu'en France⁶⁷. Ce contentieux a régulièrement concerné, en Allemagne, des cas d'assistance médicalisée au suicide, ce qui est moins souvent le cas en France. Or, ce contentieux pénal allemand prend également en compte des éléments - pour identifier d'éventuels faits justificatifs aux infractions en cause - relatifs à la volonté de la « victime » : comme celui relatif à « la

⁶⁷ Concernant la question de la non-intervention d'une personne confrontée au suicide d'un tiers, on trouve en France : CC, chambre criminelle, 5 mars 1992, n° 9181295 ; CC, chambre criminelle, 4 juin 2013, n° 1285874 ; CC, chambre criminelle, 28 juin 2016, n° 1584269 – aucune affaire ne concernant, à l'exception de l'arrêt Mercier du 13 décembre 2017 (précité) la question de l'assistance au suicide. En Allemagne : BGH, 18 août 1863 - BGHSt 19, 135 ; BGH, 12 février 1952 - BGHSt, 2, 150 ; BGH, 15 mai 1959, 4 StR 475/58 ; BGH, 14 août 1963 - BGHSt, 19, 135 ; BGH, 16 mai 1972, 5 StR 56/72BGH, 3 décembre 1982 - BGHSt 2, 150 ; BGH, 4 juillet 1984 - BGHSt 32, 367 ; BGH, 08 mai 1991, 3 StR 467/90 ; BGH, 13 septembre 1994, 1 StR 357/94 ; BGB, 25 juin 2010, 2 StR 454/09 ; BGH, 21 décembre 2011, 2 StR 295/11 ; BGH, 14 septembre 2014, 2 StR 145/11.

maîtrise consciente de ses actes » ou au « libre arbitre »⁶⁸. En tout état de cause, le contentieux relatif à la fin de vie est principalement traité par les juridictions judiciaires⁶⁹.

En revanche, en France, c'est avant tout le droit médical qui régleme la question de la fin de vie, principalement régie par le Code de santé publique. Bien sûr, toute relation médicale est, en France, fondée sur un contrat médical. Mais dans le domaine de la fin de vie, il est possible de considérer que la question contractuelle n'est pas au cœur de la problématique. Bien sûr, tout traitement médical ne peut être mis en œuvre qu'à la double condition qu'il soit justifié par une nécessité médicale et que le patient y ait consenti. Mais si en Allemagne le contentieux semble davantage se cristalliser autour des éventuelles sanctions pénales encourues par les médecins allemands qui laissent mourir un patient (ou qui les assistent activement dans leur décision de mourir) ainsi que sur les pouvoirs du tuteur du patient (i. e. de son représentant légal) et de leur articulation avec les pouvoirs du médecin, le contentieux français est plus rarement pénal. Il se concentre bien davantage sur la procédure permettant l'arrêt de traitement d'un patient inconscient qui est considéré comme faisant l'objet d'une « obstination déraisonnable ». Or, il s'agit d'une procédure spécifique régleme par le Code de la santé publique et ce type contentieux est administratif. Dans ce cadre, le contrôle du juge français - et européen⁷⁰ - est de type procédural : il s'assure principalement que les médecins ont bien respecté les procédures (notamment collégiales et de consultation des proches du patient) prévues par le Code de santé publique. S'il prend, dans ce cadre, en compte la volonté (connue ou présumée) du patient, ce n'est pas autour de la question du consentement en matière de contrat médical ou de la volonté du patient comme fait justificatif qui est au cœur du raisonnement juridictionnel. De la même manière qu'il n'existe que peu⁷¹ de décisions qui s'articulent autour du respect, par le médecin, de son contrat avec le patient ou autour des pouvoirs (précis) du tuteur ou du représentant légal du patient. Au contraire, dans un arrêt du 8 décembre 2016, la Cour de cassation indique que « le tuteur ne saurait se substituer à la procédure définie par le Code de la santé publique qui relève de la collégialité des médecins chargés du suivi du patient »⁷² La logique est bien plus « administrative » : une procédure médicale (collective) a été prévue pour que, dans certains cas de figure, le corps médical puisse, collectivement (et après consultation des proches⁷³) cesser les traitements d'un patient (i. e. le laisser mourir) artificiellement maintenu en vie. Le contentieux se concentre ainsi principalement devant les juridictions administratives et est dès lors analysé, non pas

⁶⁸ V. notamment les arrêts de la Cour fédérale de justice du 3 juillet 2019, précités : BGH, 3 juillet 2019, 5 StR 393/18 : « pour distinguer l'aide légale au suicide de la complicité d'homicide, il est de jurisprudence constante de regarder qui avait la pleine maîtrise consciente de l'acte qui a conduit à la mort. Si celui qui souhaite mourir utilise la main d'un tiers pour se donner la mort, alors c'est le tiers qui a la pleine maîtrise de l'acte. En revanche, si celui qui souhaite mourir réalise lui-même l'action mortelle et qu'il détient alors la décision libre de ce qu'il adviendra de son destin, il se suicide, même si c'est grâce à l'aide d'un tiers ».

⁶⁹ Bien que le juge administratif soit toujours davantage confronté à la question des autorisations d'administrations de substance légale par l'institut fédéral du médicament.

⁷⁰ Cf *supra* note 35.

⁷¹ V. cependant, CC, 1^{ère} chambre civile, 8 décembre 2016, n°1620298.

⁷² CC, 1^{ère} chambre civile, 8 décembre 2016, n°1620298.

⁷³ V. notamment, CE, 12 avril 2018, n° 419576.

au regard des paradigmes structurant le droit commun des majeurs incapables (et de la désignation d'un tuteur ou d'un représentant légal) mais autour d'un droit spécialement applicable à la matière, précisé par le chapitre du Code de la Santé publique relatif aux droits des personnes malades et des usagers du système de santé.

Cela étant, si en Allemagne, la loi ne prévoit pas de procédure permettant un arrêt de traitements en cas d'obstination déraisonnable, cela ne signifie pas que le médecin ne dispose d'aucune marge de manœuvre. En effet, si tout indique que la déclaration (même non formalisée) du patient lie le médecin dès lors que cette déclaration entendait être contraignante, plusieurs difficultés complexifient toutefois la mise en œuvre systématique des directives anticipées. En premier lieu, le médecin doit avoir été informé de l'existence de directives anticipées et qu'il ait été appelé à les mettre en œuvre. En deuxième lieu, se pose la question de savoir si le patient entendait énoncer une volonté contraignante. Or, c'est à la personne de confiance *et* à l'équipe médicale de le déterminer⁷⁴. En ce sens, le site officiel du gouvernement indique que dans l'hypothèse où il existe des directives anticipées, le médecin doit vérifier si elle corresponde à sa situation de vie actuelle et si elles sont manifestement appropriées à la situation médicale. Si c'est le cas, le médecin doit certes les respecter sous le contrôle de la personne de confiance. Mais, en troisième lieu, se pose précisément la question de l'intervention systématique (ou non) d'une personne de confiance (celle-ci pouvant être en Allemagne soit un tuteur désigné par le patient lui-même, soit un représentant légal désigné, si besoin, par le juge). En effet, le Code civil indique que les directives anticipées doivent être interprétées par la personne de confiance : « [si le patient a rédigé des directives anticipées] la personne de confiance examine si celles-ci correspondent à son actuelle situation et sont appropriées au traitement médical envisagé »⁷⁵. Cela signifie-t-il que l'intervention d'une personne de confiance est systématique ? En principe, si les directives anticipées précisent absolument toutes les modalités d'intervention du corps médical (quel médecin doit intervenir, dans quel hôpital, dans quels cas de figure, pour quel traitement, etc.) ; la désignation d'une personne de confiance n'est pas nécessaire car la volonté du patient est claire. Mais dans les faits, les directives anticipées sont le plus souvent imprécises. La personne n'a pas nécessairement prévu dans les moindres détails l'état de santé dans lequel elle risquait de se trouver et, partant, les interrogations susceptibles de se poser. Si le médecin a des doutes sur la validité ou l'applicabilité des directives anticipées, il doit alors consulter le représentant légal du patient ou son tuteur ou demander au juge de nommer un représentant pour le patient (sauf en cas d'urgence vitale). En principe, si le patient a désigné - dans les formes - une personne de confiance⁷⁶ : elle a le pouvoir de prendre toutes les décisions médicales, y compris le maintien en vie ou non du patient⁷⁷. Cependant, il existe des cas de figure dans lesquels la

⁷⁴ V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, op.cit., p. 73 et suivantes.

⁷⁵ § 1901a BGB.

⁷⁶ § 1904 BGB.

⁷⁷ Si elle ne connaît pas la volonté du patient et qu'il n'est pas en état de la lui communiquer, elle doit déterminer qu'elle est sa volonté « présumée ». V. sur toutes ces interrogations: V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, op.cit., p. 32 et suiv.; V. Lipp, « Patient Autonomy,

personne de confiance et le médecin sont en désaccords, que ce sur le caractère approprié des directives au regard de la situation de vie actuelle du patient ou du traitement envisagé. C'est alors au juge des tutelles que revient de trancher le différend entre les partis. Même en cas de directives anticipées, le juge des tutelles peut alors être amené à intervenir pour interpréter lesdites directives et déterminer ainsi, au vu des dires du représentant ou du tuteur et des affirmations du médecin, la volonté du patient. La seule volonté présumée du patient ne suffit dès lors pas à contraindre l'équipe médicale.

Par ailleurs, c'est à l'équipe médicale, seule, de déterminer le traitement approprié. Dès lors, si la suite des soins à donner au patient inconscient doit effectivement être discutée avec son représentant ou son tuteur, le médecin peut refuser la mise en œuvre d'un traitement qu'il estime inapproprié. Il est ainsi possible de poser l'hypothèse selon laquelle il peut refuser de maintenir le patient en vie s'il cela lui semble médicalement inapproprié (même si le représentant soutient que c'est le souhait du patient)⁷⁸. Même si aucune procédure pour « obstination déraisonnable » n'est formalisée en Allemagne, il apparaît malgré tout possible pour un médecin de considérer que le patient est artificiellement maintenu en vie et de refuser, partant, de mettre en œuvre les mesures jugées « excessives » visant à le maintenir en vie.

Enfin, les droits français et allemand, bien que travaillés par des paradigmes historiquement (et encore aujourd'hui) différents, sont confrontés aux mêmes difficultés concrètes : celles de combiner d'un côté le respect de la dignité des personnes (ou des patients) en souffrance (ce qui peut supposer de ne pas les maintenir artificiellement en vie), des logiques inhérentes à l'organisation même des services de soin (qui empêche factuellement que ne soit maintenu *ad vitam aeternam* en vie tous les patients en état « pauci-relationnel » dont la volonté est inconnue) ; la protection de ces personnes contre des arrêts de soin trop hâtifs, et plus largement la protection de leur volonté (ce qui suppose de pouvoir la reconstituer lorsqu'elle est inconnue). Et c'est parce qu'ils sont confrontés à

Advance Directives, and Decisions by Proxy in Germany », in U. Hellmann u., S. Dijoux, *Perspectives of Law and Culture on the End-of-Life Legislations in France, Germany, India, Italy and United Kingdom*, 2019, p. 73. En ce sens, il importe de souligner que la Cour d'appel de Munich a rejeté l'action en réparation d'une patiente – témoin de Jéhovah – qui s'était vu transfusé du sang, contre ses convictions religieuses. En l'espèce, le juge des tutelles, ignorant qu'un tuteur avait déjà été désigné par la patiente, avait nommé le mari de la patiente tuteur de cette dernière. Ce dernier avait accepté la transfusion alors même qu'il savait que son épouse l'aurait refusé. La Cour d'appel considère que le médecin n'a pas commis de faute en ne suivant pas les directives anticipées de la patiente, car il était seulement lié par la décision du tuteur. Le tuteur a été « excusé » ayant tranché conformément à sa conscience, et le préjudice a été considéré comme inexistant pour la patiente ; OLG München, 31 janvier 2002, 1U4705/98 : « Le médecin a le droit, lorsqu'il est confronté au traitement d'une patiente témoin de Jéhovah qui refuse la transfusion, après un examen de conscience, de lui donner une perfusion de sang dès lors qu'il apparaît que sans cette transfusion la patiente n'aurait pas survécu. Il peut, dans un tel cas de figure, ne pas suivre les directives anticipées, même si le respect de celles-ci exclut l'engagement de sa responsabilité. Une action de la patiente, pour violation de ses droits fondamentaux en raison de la transfusion ne peut pas être admise en raison de la liberté de conscience dont dispose le médecin, du moins lorsqu'il n'a commis aucune faute ».

⁷⁸ V. Lipp, *Patientenautonomie und Lebensschutz – Zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe*, op.cit. ; voir également, V. Lipp, « Patient Autonomy, Advance Directives, and Decisions by Proxy in Germany », op.cit..

des difficultés similaires que leur encadrement juridique, en apparence très dissemblable, partagent finalement davantage de points communs qu'il n'aurait été possible de le penser.