

DÉBUT ET FIN DE VIE

**Le droit
et la bioéthique en question**

Colloque international de Beyrouth
Mercredi 16 et jeudi 17 mai 2018

L'ARRÊT DE VIE DE L'ENFANT MINEUR : REGARDS CROISÉS BELGIQUE-LIBAN, LA LOI BELGE

Jacques FIERENS¹

I- Le Droit

A- LA LOI DU 28 FÉVRIER 2014

La loi du 28 mai 2002 a dépénalisé la pratique de l'euthanasie sur une personne majeure. La législation s'inscrit dans le champ pénal. Il ne s'agissait pas de créer un « droit à l'euthanasie », mais de prévoir, à certaines conditions, une cause d'exonération de toute responsabilité pénale dans le chef des médecins appelés à concourir à l'acte d'euthanasie.

Une « Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie » a été créée par la même loi. Elle est chargée de vérifier si l'euthanasie pratiquée par le médecin, dont la déclaration est obligatoire, a été effectuée selon les conditions et la procédure prévues.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 28 mai 2002, plus d'une vingtaine de propositions de loi avaient été déposées pour la modifier, la plupart en vue d'étendre la possibilité d'euthanasie à des nouvelles catégories de personnes ou de simplifier le processus légal.

En 2014, la Chambre des représentants a décidé d'utiliser comme base de ses discussions une proposition de loi « modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs »².

Malgré la demande de plusieurs parlementaires, l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, facultatif dans ce cas, n'a pas été requis. Cet avis, en principe purement juridique, n'aurait pas été contraignant, comme tout avis, mais il aurait pu nourrir éventuellement les discussions au sein du parlement ou les arguments des demandeurs en annulation devant la Cour constitutionnelle. Selon le droit belge en effet, toute

1. Professeur à l'Université de Namur, avocat au barreau de Bruxelles, membre du Comité consultatif de bioéthique (Belgique), membre du Conseil scientifique et du Comité d'éthique de l'Office de la naissance et de l'enfance (ONE).

2. *Doc. parl.*, Sénat, n° 5-2170/001.

personne intéressée peut demander l'annulation d'une loi au motif qu'elle serait anticonstitutionnelle³.

Le 28 février 2014 a été promulguée la loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs.

Cette loi a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, qui l'a rejeté⁴.

B- LES CONDITIONS DE FOND DE LA DÉPÉNALISATION EN CE QUI CONCERNE L'EUTHANASIE DES ADULTES ET DES MINEURS ÉMANCIPÉS

Depuis son entrée en vigueur, la loi du 28 mai 2002 dépénalise la pratique de l'euthanasie par un médecin lorsque le patient

1. est majeur ou un mineur émancipé ;
2. est capable et conscient au moment de sa demande ;
3. se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance « *physique ou psychique* » constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable.

C- LES CONDITIONS DE LA DEMANDE FORMULÉE PAR LES MAJEURS ET LES MINEURS ÉMANCIPÉS

La demande d'euthanasie d'une personne majeure ou d'un mineur émancipé doit être formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, ne peut résulter d'une pression extérieure (article 3, § 1^{er}) et doit être actée par écrit (article 3, § 4). Le document est rédigé, daté et signé par le patient lui-même. Lorsque le patient n'est pas en état de formuler sa demande par écrit, sa demande est actée par écrit par une personne majeure de son choix qui ne peut avoir aucun intérêt matériel au décès du patient (article 3, § 4). Le patient peut révoquer sa demande à tout moment (article 3, § 4, alinéa 3).

Toutefois, tout majeur ou mineur émancipé capable peut, pour le cas où il ne pourrait plus manifester sa volonté, consigner par écrit, dans

3. Voir l'article 142 de la Constitution et la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

4. Arrêt n° 153/2015 du 29 octobre 2015, <https://www.const-court.be/public/f/2015/2015-153f.pdf>. L'arrêt de rejet « sous réserve d'interprétation » précise que la loi attaquée ne saurait raisonnablement être interprétée en ce sens que le médecin traitant pourrait pratiquer l'euthanasie sur un patient mineur, lorsque le pédopsychiatre ou le psychologue consulté estime que ce patient n'est pas doté de la capacité de discernement requise (paragraphe B.24.8.2).

une déclaration, sa volonté qu'un médecin pratique une euthanasie si ce médecin constate qu'il est atteint d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable, qu'il est inconscient, et que cette situation est irréversible selon l'état actuel de la science. Cette déclaration, dite « déclaration anticipée », ne peut être prise en compte que si elle a été établie ou confirmée moins de cinq ans avant le début de l'impossibilité de manifester sa volonté et elle peut être retirée ou adaptée à tout moment (article 4, § 1^{er}).

En l'absence de demande du patient ou à défaut de déclaration anticipée, il n'est pas question qu'un proche puisse demander l'euthanasie de ce patient.

D- LES OBLIGATIONS DU MÉDECIN PRATIQUANT L'EUTHANASIE D'UN MAJEUR OU D'UN MINEUR ÉMANCIPÉ

1. Le médecin doit :

- Informer le patient de son état de santé et de son espérance de vie ;
- Se concerter avec le patient sur sa demande d'euthanasie et évoquer avec lui les possibilités thérapeutiques encore envisageables, ainsi que les possibilités qu'offrent les soins palliatifs et leurs conséquences ;
- Arriver, avec le patient, à la conviction qu'il n'y a aucune autre solution « raisonnable » dans sa situation et que la demande du patient est entièrement volontaire.

2. Le médecin doit aussi s'assurer de la persistance de la souffrance physique ou psychique du patient et de sa volonté réitérée. A cette fin, il mène avec le patient plusieurs entretiens, espacés d'un délai raisonnable au regard de l'évolution de l'état du patient (article 3, § 2, 2°).

3. Le médecin doit consulter un autre médecin à propos du caractère grave et incurable de l'affection. Ce second médecin doit être indépendant tant à l'égard du patient qu'à l'égard du médecin traitant et être compétent quant à la pathologie concernée. Après avoir examiné le patient, ce second médecin rédige un rapport qui porte également sur le caractère constant, insupportable et inapaisable de la souffrance physique ou psychique. Le patient est informé des résultats de cette consultation (article 3, § 2, 3°).

4. S'il existe une équipe soignante en contact régulier avec le patient, le médecin traitant doit s'entretenir de la demande du patient avec l'équipe ou des membres de celle-ci (article 3, § 2, 4°).

5. Si telle est la volonté du patient, le médecin traitant doit s'entretenir de la demande avec les proches que celui-ci désigne (article 3, § 2, 5°).
6. Le médecin doit s'assurer que le patient a eu l'occasion de s'entretenir de sa demande avec les personnes qu'il souhaitait rencontrer (article 3, § 2, 6°).
7. Lorsque le médecin est d'avis que le décès du patient majeur ou mineur émancipé « *n'interviendra manifestement pas à brève échéance* », il doit laisser s'écouler au moins un mois entre la demande écrite du patient et l'euthanasie et consulter un deuxième médecin, psychiatre ou spécialiste de la pathologie concernée, qui doit s'assurer du caractère constant, insupportable et inapaisable de la souffrance physique ou psychique et du caractère volontaire, réfléchi et répété de la demande (article 3, § 3).

E- LES CONDITIONS DE FOND DE LA DÉPÉNALISATION EN CE QUI CONCERNE L'EUTHANASIE DES MINEURS NON ÉMANCIPÉS

Les obligations imposées au médecin traitant s'appliquent en principe aussi lorsqu'une euthanasie est pratiquée sur un mineur non émancipé.

Certaines conditions de licéité de l'acte sont cependant différentes, et la loi prévoit des obligations supplémentaires en ce qui concerne les mineurs non émancipés.

Par rapport aux conditions relatives à l'euthanasie d'un patient majeur ou mineur émancipé, le législateur établit les distinctions suivantes :

- 1) Le patient mineur non émancipé doté de la capacité de discernement doit se trouver dans une situation médicale sans issue de souffrance physique constante et insupportable - et donc pas psychique - (article 3, § 1^{er}, quatrième tiret, de la loi du 28 mai 2002), alors que pour les patients majeurs et pour les patients mineurs émancipés, la souffrance psychique constante et insupportable peut aussi être prise en considération ;
- 2) La situation médicale sans issue du mineur non émancipé doté de la capacité de discernement « *doit entraîner son décès à brève échéance* » (article 3, § 1^{er}, quatrième tiret), alors que l'euthanasie peut aussi être pratiquée, sous certaines conditions, sur des patients majeurs ou sur des mineurs émancipés lorsque le médecin est d'avis que le décès du patient concerné n'interviendra manifestement pas à brève échéance.

F- LES OBLIGATIONS DU MÉDECIN PRATIQUANT L'EUTHANASIE D'UN MINEUR NON ÉMANCIPÉ

1. En cas d'euthanasie sur un mineur non émancipé, le médecin doit consulter un pédopsychiatre ou un psychologue. Celui-ci « *prend connaissance du dossier médical, examine le patient, s'assure de la capacité de discernement du mineur, et l'atteste par écrit* ». Une telle consultation n'est pas requise pour pratiquer l'euthanasie sur des patients majeurs ou sur des mineurs émancipés.
2. En cas d'euthanasie sur un mineur non émancipé, le médecin traitant doit s'entretenir avec les représentants légaux du mineur, leur apporter toutes les informations visées à l'article 3, § 2, 1°, de la loi et s'assurer « *qu'ils marquent leur accord sur la demande du patient mineur* » (article 3, § 2, 7). L'accord des représentants légaux du mineur doit être acté par écrit (article 3, § 4). Aucune condition comparable n'est prévue en ce qui concerne les patients majeurs et les patients mineurs émancipés.

G- LES CONDITIONS DE LA DEMANDE FORMULÉE PAR UN MINEUR NON ÉMANCIPÉ

Contrairement aux patients majeurs et mineurs émancipés, le mineur non émancipé « *ne peut pas rédiger une déclaration anticipée* » pour le cas où il ne pourrait plus exprimer sa volonté, alors que les patients majeurs et mineurs anticipés le peuvent (article 4, § 1^{er}).

II- EN PRATIQUE

Les travaux préparatoires révèlent qu'avant même la promulgation de la loi de 2014, les euthanasies des mineurs étaient une réalité de terrain⁵, d'ailleurs déjà reconnue en 2002 lors de l'adoption de la loi concernant les adultes. Quatorze pédiatres, issus de divers hôpitaux, s'étaient réunis pour adresser une lettre aux parlementaires et dénoncer cette contradiction flagrante entre le cadre législatif et la réalité médicale.

Les médecins favorables à l'extension de la loi estimaient qu'une dizaine de jeunes seraient concernés chaque année. Pourtant, aucune demande d'euthanasie de mineurs n'a été enregistrée pendant plus de deux ans et demi, selon le rapport de la Commission de contrôle concernant les années

5. *Rapport, Doc. parl.*, Ch., sess. 2013-2014, n° 53-3245/004 (ci-après « *Rapport* »), p. 45.

2014-2015. Un quotidien flamand, *Het Nieuwsblad* du 17 septembre 2016, a fait état de la première euthanasie d'un enfant en Belgique, sans préciser son âge. L'information a été confirmée par le président de la Commission. Selon le *Rapport 2018*⁶, trois euthanasies de mineurs non émancipés ont été enregistrées en 2016-2017. Selon la Commission, l'euthanasie chez les patients de moins de 40 ans reste très limitée. Ce sont surtout les patients des tranches d'âge 60, 70 et 80 ans qui la demandent, le groupe le plus important étant celui des patients âgés de plus de 80 ans.

Tout comme pour les majeurs, beaucoup pensent toutefois que le taux d'euthanasies non déclarées à la Commission est important. Il est donc impossible de savoir avec précision dans quelle mesure celles-ci concernent des enfants.

III- QUESTIONS JURIDIQUES ET ÉTHIQUES

Il est malaisé de distinguer les questions juridiques que suscitent les lois de 2002 et de 2014, et les questions éthiques, puisque le droit est à l'évidence le reflet des choix éthiques posés⁷. On ne peut d'ailleurs prétendre toutes les appréhender.

De manière générale, la loi est critiquée d'abord en raison du manque de précision des concepts qu'elle mobilise, avant tout celui de discernement, mais aussi celui de « décès à brève échéance ».

On peut également s'intéresser aux représentations de l'enfant, des parents, des médecins ou des psychologues, du corps, de la mort que les choix législatifs véhiculent mais qui, cette fois, n'ont pas été discutées.

A- LA PAROLE DE L'ENFANT ET LA QUESTION DU « DISCERNEMENT »

Contrairement aux Pays-Bas qui fixent à 12 ans la limite inférieure pour demander l'euthanasie, la Belgique ne précise aucun âge, se fondant uniquement sur la capacité de « discernement ». Toutefois, ni la loi, ni les travaux préparatoires ne se risquent à donner une définition de celui-ci.

6. Ce rapport n'était pas encore publié lors du colloque international organisé par le CEDROMA les 16 et 17 mai 2018. Il est disponible sur https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/8_rapport-euthanasie_2016-2017-fr.pdf. Depuis 2002 depuis la mise en vigueur de la loi du 28 mai 2002, le nombre total d'euthanasies a été en progression constante, passant de 259 en 2013 à 2309 en 2017.

7. Je considère que l'« éthique » est la tentative de répondre à la question « Mon action a-t-elle du sens ? », tandis que je conçois la morale au sens kantien, comme la tentative de répondre à la question : « Que dois-je faire ? ».

Le discernement, historiquement, est d'abord une notion pénale. Il s'agissait, sous l'Ancien régime, de savoir si une peine pouvait être infligée à un enfant ayant commis une infraction, si tel enfant pouvait distinguer le bien et le mal.

Pour la ministre de la Justice de l'époque, qui soutenait pleinement le projet de loi, « [l]a notion de « capacité de discernement » n'est du reste pas neuve, mais a été empruntée à l'article 12 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et tient compte de l'âge et de la maturité de celui-ci. » Toutefois, la loi relative aux droits du patient ne mentionne pas le discernement. L'article 12, § 2, porte que « *[s]uivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts* »⁸.

La ministre insistait sur le fait « *qu'il ressort de recherches que les mineurs confrontés à la douleur mûrissent plus rapidement que les jeunes du même âge qui vivent une jeunesse insouciant. Ce sont les personnes les mieux placées et formées à cet effet, à savoir un pédopsychiatre ou un psychologue, qui décideront de la capacité de discernement* »⁹. On relèvera au passage que la ministre a bien utilisé, à propos de ce que la loi présente comme un avis, le terme « décideront » (en néerlandais « *wordt beslist door ...* ») alors que la loi fait obligation, lorsque le patient est mineur non émancipé, de « *consulter un pédopsychiatre ou un psychologue* »¹⁰.

Pour certains parlementaires, lorsque l'on parle de discernement, « *il s'agit de la capacité à apprécier avec justesse et clairvoyance une situation* »¹¹.

8. En ce sens, de manière plus générale, certains juristes soulignent aujourd'hui que « [l]a capacité juridique est remplacée par le concept de discernement, lequel bien qu'étant une « notion-cadre » dont la présence ou l'absence ne peut apparaître qu'ensuite d'une analyse factuelle de la situation, peut être défini comme étant l'aptitude à appréhender raisonnablement une situation, et dans cette situation, à déterminer ce qui est ou non dans son intérêt au sens large », (Th. Van Halteren, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures : redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui du discernement*, thèse présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en sciences juridiques, Université libre de Bruxelles, polycopié, 2018, p. 6).

9. *Rapport*, p. 50.

10. Voir ci-dessous, d'autres considérations à ce sujet sous le sous-titre « Le déplacement des décisions vers le pédopsychiatre et le psychologue ».

11. *Rapport*, p. 47.

Une sénatrice avait exposé, se fondant prétendument sur la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et de la Cour suprême du Canada qu'est en jeu « *le discernement requis pour comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre la décision et d'en évaluer les conséquences possibles, l'opinion bien arrêtée de l'enfant, la question de savoir si elles reflètent véritablement ses valeurs et croyances profondes, etc.* »¹².

Certains parlementaires ont assimilé le discernement et le fait de comprendre « le caractère définitif de la mort », ce qui n'a pas été admis par tous. « *Les auditions tenues au Sénat affirment que les enfants comprennent le caractère définitif de la mort en général vers sept ou huit ans. [...] On affirme aussi que l'enfant confronté à une issue fatale disposerait d'une bien plus grande maturité. Sur quels fondements reposent ces assertions ? [...] Malgré toutes les affirmations d'autres intervenants, Mme Marghem ne peut croire, par exemple, qu'un enfant âgé de moins de dix ans pourrait avoir la capacité de discernement de se savoir condamné et de décider son euthanasie* »¹³.

La pertinence même d'une référence au « discernement » a été également discutée : « *Une autre conséquence de ce choix de notion est le fait que les enfants qui ne seraient pas considérés comme dotés de la capacité de discernement, devraient eux continuer à souffrir et à supporter les conséquences de cette souffrance insupportable. Pourquoi faire cette différence entre les enfants malades ? Cela démontre que cette notion est inappropriée et qu'elle est le résultat d'un compromis politique entre ceux qui se voulaient très ouverts à l'euthanasie pour les mineurs et ceux qui émettaient des réserves et ont voulu mettre ces limites* »¹⁴.

Pour un autre parlementaire, « [l]e critère de la capacité de discernement a donc été préféré au critère de l'âge au motif notamment que « la capacité de discernement ne peut s'apprécier qu'au cas par cas, en fonction de la nature et de l'importance de l'acte considéré » (Document Sénat n° 5-2170/4, p. 70) et qu'une « une maladie n'est pas l'autre et un enfant n'est pas l'autre » (Document Sénat n° 5-2170/4, p. 11), car « la maturité tant physique qu'intellectuelle est un facteur infiniment plus important que l'âge » (Document Sénat n° 5-2170/4, p. 13). Le critère de la capacité

12. Doc. parl., Sénat, 2013-2014, n° 5-2170/4, p. 69-70.

13. Rapport, p. 39.

14. Ibid., p. 31.

de discernement semble « magique » car il semble permettre de résoudre tout problème par rapport aux demandes de mineurs dans la mesure où il permet une prise en compte de la capacité de fait de chaque mineur considéré individuellement en fonction de ses compétences et de ses facultés et en fonction de la décision particulière concernant sa santé - ici, sa vie »¹⁵.

Pour la Cour constitutionnelle, « [i]l ressort [des] extraits des travaux préparatoires, ainsi que de l'objet et de la portée générale de la loi attaquée, que la notion de « capacité de discernement » porte sur l'aptitude du patient mineur à évaluer la portée réelle de sa demande d'euthanasie et les conséquences de cette demande »¹⁶. De manière surprenante, la Cour estime que la notion dont les juristes débattent depuis des siècles est claire. « Il n'est pas sans justification raisonnable que le législateur n'ait pas prévu de critères plus précis pour constater la capacité de discernement du patient mineur, eu égard notamment à la signification suffisamment claire de la notion concernée et au fait que, pour apprécier celle-ci, il convient de tenir compte de toutes les circonstances qui déterminent la situation du patient mineur ». La Cour constitutionnelle ajoute que « [l]a notion de « capacité de discernement » a essentiellement une portée médicale »¹⁷, alors que l'histoire du droit la situait plutôt dans le champ de la morale¹⁸. On peut y voir le reflet d'une tendance bien contemporaine à médicaliser et à prétendument objectiver cette dernière, sans plus la nommer.

Pour déterminer si le discernement existe, la loi de 2014 attache, à l'évidence, une importance particulière à la parole de l'enfant, alors que pendant des siècles, il a été considéré comme dépourvu de *logos*, c'est-à-dire privé à la fois de parole et de raison, au point que l'étymologie même du mot enfant l'indique, en latin cette fois (*infans : qui fari non potest*). À présent, dans le cadre d'une demande d'euthanasie, la parole de l'enfant est, au sens littéral, parole de vie ou de mort, bien que certains insistent sur le fait qu'il demande l'euthanasie mais qu'il n'en décide pas, cette décision étant réservée au « médecin traitant ». Le danger est évidemment de succomber à la tentation d'assimiler un enfant à un adulte en plus petit, risque que portent les droits de l'enfant en général.

15. *Ibid.*, p. 17.

16. Paragraphe B.24.4.

17. Paragraphe B.36.3.

18. Sur le concept de « morale », voir *supra*, note 5.

Peu avant le vote de la loi, le 12 février 2014, 172 pédiatres ont remis une lettre ouverte aux présidents de chaque parti politique belge, soulignant l'ambiguïté des termes du projet de loi : « *En pratique, il n'existe aucune méthode objective pour apprécier si un enfant est doué de la capacité de discernement et de jugement. Il s'agit donc en fait d'une appréciation largement subjective et sujette à influences* ».

La loi renvoie aussi, finalement, à une conception binaire du discernement : un enfant l'a ou ne l'a pas, sans possibilité intermédiaire.

B- LA QUESTION DE L'« AUTONOMIE »

Que ce soit au niveau international ou au niveau belge, le discours autour des droits de l'enfant, du droit de la protection des enfants, du droit scolaire, invoquent à l'envi son éducation à l'« autonomie ».

Ce concept n'est jamais discuté. Il est souvent pris au sens prétendument littéral de « se donner à soi-même sa propre loi », ce qui indique un déplacement contemporain vers une sorte d'autonomie nietzschéenne qui ferait que chacun décide ce qu'est le bien et ce qu'est le mal, ou en tout cas ce qui est bien pour lui et ce qui est mal pour lui. Pour Nietzsche, c'est même l'enfant qui est le mieux capable de ce choix de valeurs : « *Mais, dites-moi, mes frères, que peut faire l'enfant que le lion ne pouvait faire ? Pourquoi faut-il que le lion ravisseur devienne enfant ?*

L'enfant est innocence et oubli, un renouveau et un jeu, une roue qui roule sur elle-même, un premier mouvement, une sainte affirmation. Oui, pour le jeu divin de la création, ô mes frères, il faut une sainte affirmation : l'esprit veut maintenant sa propre volonté, celui qui a perdu le monde veut gagner son propre monde »¹⁹.

Cette conception vient en partie de Kant qui réclamait de l'homme moral qu'il se donne à soi-même sa propre loi²⁰. Celle-ci n'avait cependant en rien un contenu indifférencié, bien au contraire. L'autonomie, selon le philosophe de Königsberg, consiste à agir par pur devoir, en obéissance à l'impératif catégorique dont une des formulations bien connues est « *Agis*

19. F. Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Première partie, *Des trois métamorphoses*, tr. fr. G. Bianquis, Paris, Aubier Flammarion, 1969, p. 87 et s.

20. « L'autonomie de la volonté est cette propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi (indépendamment de toute propriété des objets du vouloir) ». (E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, tr. fr. V. Delbos, éd. Librairie Delagrave, 1980, p. 169).

de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans toute autre, toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen »²¹.

Il existe une conception de l'autonomie qui correspond mieux à la raison d'être des droits de l'enfant, et surtout à ce qu'est un enfant, et qui est probablement plus exacte, même en ce qui concerne l'étymologie : *auto* et *némô*, plutôt que *auto* et *nomos*, signifient « partager », « donner à chacun sa part propre » et plus fondamentalement encore « donner à chacun sa part de pâturage », partager le territoire²². Bref, « rendre à chacun son dû », selon la vieille définition de la justice qui remonte à Platon²³. Il ne s'agit pas de donner à chacun la possibilité d'établir lui-même la norme qui le gouverne, mais de donner à chacun ce qui lui revient et lui convient en fonction de ce qu'il est. L'autonomie est alors le respect du rapport de similarité ou de différence entre enfants et adultes, entre enfants et enfants et entre adultes et adultes. Donner à chacun son pâturage juridique n'exclut pas la reconnaissance d'un besoin de protection ou l'acceptation de vivre grâce à autrui ou en dépendance à l'égard d'autrui. L'« autonomie » de l'enfant n'est pas acquise lorsqu'il se donne sa propre loi, mais lorsqu'il comprend qu'il dépend des autres²⁴.

C- LE RAPPORT CORPS-ESPRIT

La proposition de loi initiale d'extension de l'euthanasie aux mineurs incluait, comme pour les majeurs, l'hypothèse de la souffrance psychique insupportable. Celle-ci a finalement été exclue, peut-être parce qu'aux yeux du législateur, la souffrance psychique renvoie à une condition plus imprécise que la souffrance physique. Toutefois, sa position implique qu'il existe une ligne de démarcation nette entre les deux, peut-être platonisante, ce dont on peut douter. Où se trouve la frontière entre le *sôma* et la *psyché* ?

21. E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, tr. fr. Alain Renaud, Paris, Garnier Flammarion, 1999, p. 108.

22. Voir A. Bailly, *Dictionnaire grec-français*, Paris, Hachette, 1950.

23. *La République*, 331c.

24. Sur ce sujet, J. Fierens, « Les droits de l'enfant : individualisme, indépendance ou autonomie ? », *Journal du droit des jeunes*, mars 1999, n° 183, p. 33 et s. L'autonomie d'un adulte est tout autant la prise de conscience que la maturité ne permet pas de se passer d'autrui.

Comme le note la Commission fédérale de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie (CFECEE) dans son rapport de 2016, « *la souffrance insupportable, constante et inapaisable se présente souvent sous des formes multiples et affecte le bien-être aussi bien physique que mental du patient, de façon telle à rendre la qualité de vie ressentie par le patient médiocre voire inexistante* »²⁵.

D- LE DÉPLACEMENT DES DÉCISIONS VERS LE PÉDOPSYCHIATRE ET LE PSYCHOLOGUE

De manière générale, en droit des personnes ou en droit de la famille, la décision des psychiatres et des psychologues, réputés « experts », remplace de plus en plus souvent la décision du juge. En ce qui concerne la loi commentée, ce phénomène est évident. Finalement, c'est le médecin qui, sur l'avis d'un ou de plusieurs de ses confrères, ou sur l'avis d'un psychologue, prendra la décision ultime, sans aucune intervention judiciaire.

Cette confiance témoignée aux praticiens d'un art qui ne relève évidemment pas d'une science exacte - à preuve, les innombrables querelles d'experts dans le dossiers familiaux - doit elle aussi être questionnée. Les termes de la loi impliquent que le psychiatre consulté soit spécialisé en pédopsychiatrie. Par contre, pour être « psychologue », le seul critère légal est d'avoir réussi avec succès les études correspondantes et d'être inscrit sur la liste établie par la Commission des psychologues qui contrôle si la première condition est remplie²⁶. N'importe quel psychologue fraîchement diplômé, n'ayant éventuellement aucune expérience de la psychologie infantile, pourrait donc être consulté sur la capacité de discernement d'un enfant demandant l'euthanasie et provoquer la décision, voire, en pratique, la prendre.

Des parlementaires ont aperçu cette écrasante responsabilité. « *Le projet de loi ne dit rien concernant le critère permettant d'évaluer la capacité de discernement et il laisse donc le « champ libre » au pédopsychiatre ou au psychologue. Celui-ci est-il prêt à exercer cette responsabilité et dispose-t-il des outils nécessaires pour exercer cette mission ? L'évaluation de la*

25. CFECEE, Rapport Euthanasie 2016, p. 59, https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/7_rapport-euthanasie_2014-2015-fr.pdf.

26. Loi du 9 novembre 1993 protégeant le titre de psychologue, art. 1^{er} et 2.

capacité de l'enfant à exprimer sa volonté et à faire preuve de discernement peut être très complexe »²⁷.

Une parlementaire se demandait comment le pédopsychiatre ou le psychologue peut contrôler la capacité de discernement du mineur, étant entendu que :

- 1) les compétences permettant de jauger les résultats à court et à long terme sont encore en plein développement au cours de l'adolescence ;
- 2) les zones du cerveau régissant les émotions et l'intelligence ne sont pas encore bien harmonisées chez les mineurs ;
- 3) les enfants se laissent influencer par des adultes importants pour eux, en premier lieu par leurs parents²⁸.

On ne peut donc que s'étonner de l'ignorance volontaire des questions qui se posent, par la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle déclare dans son arrêt 153/2015 qu'« [e]u égard à la formation qu'un pédopsychiatre et un psychologue doivent avoir suivie pour accéder à leur profession, le législateur pouvait [...] raisonnablement estimer que tant les pédopsychiatres que les psychologues disposent des connaissances et aptitudes nécessaires pour pouvoir apprécier et attester la capacité de discernement du patient mineur »²⁹. « Le médecin traitant et le pédopsychiatre ou psychologue à consulter agissent à titre professionnel. En cette qualité, ils ne sauraient être censés ignorer la portée de la notion de « capacité de discernement » visée par la loi, eu égard notamment à la formation qu'ils doivent avoir suivie pour pouvoir accéder à leur profession »³⁰.

Comme en matière d'avortement, la décision revient en dernière instance à un médecin, sans aucun recours possible *ex ante*.

Il ne serait pas aberrant et peut-être plus conforme à ce que doit être une démocratie moderne de confier au juge le pouvoir d'autoriser ou de refuser

27. Rapport Ch. Brotcorne. Par ailleurs, M. Brotcorne se demande si l'objectif du projet de loi est de prévoir un encadrement législatif à l'euthanasie des mineurs pour éviter l'insécurité juridique pouvant entraîner des poursuites à l'égard d'un médecin, ou s'il est plutôt d'améliorer la situation du patient. L'intégralité du dossier législatif (53K3245) est disponible sur le lien <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?dossierID=3245&legislat=53&inst=K>

28. Rapport S. Becq, voir lien ci-dessus.

29. Paragraphe B.24.7.1.

30. Paragraphe B.36.3.

le geste, les médecins et psychologues se limitant alors à donner un avis au tribunal, qui peut être discuté. À propos des requérants qui faisaient valoir qu'une décision d'émancipation requiert légalement une décision judiciaire alors qu'elle a des effets beaucoup moins irrémédiables, la Cour répond qu'« *eu égard à l'objet et au but fondamentalement différents, d'une part, de l'émancipation et, d'autre part, de l'euthanasie, l'on ne saurait déduire de la circonstance que l'émancipation d'un mineur requiert, en principe, une décision judiciaire, aucune obligation, pour le législateur, de prévoir également, en matière d'euthanasie, une autorisation judiciaire préalable. Le législateur a pu raisonnablement considérer que, eu égard au droit du patient dont la souffrance « entraîne le décès à brève échéance » de choisir de mettre fin à sa vie pour éviter une fin de vie indigne et pénible, il ne s'indiquait pas de prévoir une autorisation judiciaire préalable. Une telle autorisation suppose en effet une procédure judiciaire qui, même si elle était organisée de manière telle qu'elle pourrait être clôturée à court terme, pèserait sur la situation émotionnelle du patient dont le décès surviendra à brève échéance* »³¹.

E- LA QUESTION DES « REPRÉSENTANTS LÉGAUX »

Les représentants légaux sont, dans la plupart des cas, les parents de l'enfant.

Certains parlementaires se sont demandés s'il n'y avait pas de contradiction dans la loi quand celle-ci prévoit à la fois que le mineur qui demande l'euthanasie doit avoir le discernement et que l'accord de ses représentants légaux est nécessaire.

À nouveau, des problèmes juridiques se mélangent à des problèmes éthiques. La loi ne prévoit rien en cas d'exercice exclusif de l'autorité parentale par un des parents³². Son accord suffit-il ? Ici, la lettre de la loi impose de considérer qu'ils doivent tous les deux être d'accord³³. Par

31. Paragraphe B.41.

32. Selon les articles 373 et 374 du Code civil, Lorsqu'ils vivent ensemble, les père et mère exercent conjointement leur autorité sur la personne de l'enfant. A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des père et mère est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il accomplit seul un acte de cette autorité sous réserve des exceptions prévues par la loi. Lorsque les père et mère ne vivent pas ensemble, l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint et la présomption s'applique, mais le tribunal de la famille compétent peut confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère.

33. Art. 3, § 4, de la loi du 28 mai 2002 : « *La demande du patient, ainsi que l'accord des représentants légaux si le patient est mineur, sont actés par écrit* ».

ailleurs, qu'en est-il en cas de dissentiments des parents sur ce sujet ? L'un des deux peut-il porter l'affaire devant le tribunal de la famille sur la base de l'article 373 ou 387*bis* du Code civil, qui tranchera en fonction de l'intérêt de l'enfant³⁴ ? Cette question n'a pas été résolue, pas plus que celle-ci : que se passera-t-il si, par exemple, le parent, accidenté en même temps que son enfant n'est pas en état de donner son accord à l'acte d'euthanasie³⁵ ?

Pour la Cour constitutionnelle, « [l]e législateur a également voulu tenir compte des difficultés émotionnelles auxquelles les parents sont confrontés lorsque leur enfant demande l'euthanasie. En ce sens, il a été souligné que « sur le plan humain [...], il semble difficilement concevable d'accéder à la demande d'euthanasie d'un mineur, alors même que ses parents ou l'un d'eux seraient en désaccord total »³⁶ ».

Enfin, la condition de l'accord des représentants légaux s'expliquerait aussi par le souci de ne pas compromettre la sécurité juridique du médecin traitant³⁷.

Les problèmes éthiques sont plus graves que les problèmes juridiques. Comment engager les parents qui ont donné la vie à un enfant dans la décision d'y mettre fin ? Une parlementaire se demandait s'il ne serait dès lors pas judicieux, de permettre aux parents de « ne pas s'opposer » à la demande de leur enfant, « c'est-à-dire, ouvrir une troisième voie entre le « je refuse » et le « je suis d'accord » qui serait celle du respect et de la prise en considération de la demande précise d'un patient mineur et de la prise en compte également de la difficulté voire de l'incapacité pour un parent

34. Article 373 du Code civil : « A défaut d'accord, le père ou la mère peut saisir le tribunal de la famille ». Article 387*bis* du Code civil : « Dans tous les cas et sans préjudice des articles 584 et 1280 du Code judiciaire et de l'article 7/1 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, le tribunal de la famille peut, à la demande des père et mère, de l'un d'eux ou du procureur du Roi, ordonner ou modifier, dans l'intérêt de l'enfant, toute disposition relative à l'autorité parentale et ce conformément aux articles 1253*ter*/4 à 1253*ter*/6 du Code judiciaire ».

35. Question posée par un parlementaire : *Rapport*, p. 31.

36. Proposition de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs, *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2170/4, p. 26, <https://www.senate.be/www/?-Mlval=/publications/viewPub.html&COLL=S&LEG=5&NR=2170&VOLGNR=4&LANG=fr>.

37. *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2170/4, p. 50-51.

de signer un document actant son accord à la mort de son enfant³⁸ ». On mesure toutefois les limites de cette réponse qui n'a, au demeurant, pas été retenue par le législateur.

F- LA REPRÉSENTATION DE LA SOUFFRANCE ET DE LA MORT

La question de l'éventuel sentiment de culpabilité de l'enfant qui demanderait l'euthanasie a été posée plusieurs fois au cours des travaux préparatoires. On peut y voir en filigrane une difficulté bien plus importante, celle de la représentation de la souffrance et de la mort dans le chef des parlementaires, mais aussi et surtout dans le chef de l'enfant concerné.

On ne meurt pas seul, mais aussi pour les autres et avec les autres. Il convient d'envisager qu'un enfant pourrait demander l'euthanasie par culpabilité, pour mettre fin non pas à sa souffrance mais aux souffrances de ceux qui l'entourent. Ainsi s'exprimait un parlementaire : *« Un consentement « libre » signifie un consentement adopté sans aucune pression, alors que l'on sait que l'entourage peut exercer une pression morale, même involontairement. Il est faux de croire que le jeune, dans sa quête légitime d'autonomie, s'affranchit pour autant de ses relations familiales et sociales. Si l'accélération des processus de maturité et de discernement d'un jeune qui souffre est souvent reconnue, ce n'est pas pour autant que les décisions de fin de vie doivent s'inscrire en dehors des relations sociales, familiales et parentales : les jeunes sont sensibles par rapport à ce que vivent leurs proches. Un jeune pourrait ainsi demander l'euthanasie pour mettre fin à la douleur de ses proches plutôt que pour mettre fin à ses propres douleurs. Les enfants peuvent être considérés comme des « éponges » par rapport aux souffrances de leurs proches et il paraît très compliqué de distinguer ce qui relève d'une décision du jeune lui-même et ce qui est influencé par le contexte familial, médical. Le mineur est un être de relation, et ces relations influencent ce qu'il est. On peut imaginer que l'autorité naturelle des parents se ressentira dans le choix fait par le mineur, tout comme l'autorité accordée à l'équipe médicale qui s'occupe de lui. Plus l'enfant est jeune, plus le danger est grand qu'il ne se conforme à ce qu'on attend de lui. [...] En élargissant la loi sur l'euthanasie aux mineurs, on risque de faire passer l'idée que l'euthanasie est un moyen parmi d'autres pour permettre au jeune*

38. Rapport, p. 59.

de ne plus être un poids pour ses proches et la société. Pour l'orateur, il est tout à fait heurtant et inacceptable qu'un jeune puisse se poser ce genre de questions. Est-on certain que le choix ne lui sera pas imposé par le contexte particulier de la maladie et de la souffrance qui l'accompagne à la fois pour ses proches et l'équipe médicale ? »³⁹. Par ailleurs, « [c]oncernant la notion de « consentement libre et éclairé », l'oratrice rappelle que l'enfant gravement malade peut aussi souffrir de voir ses proches souffrir. Cela peut déboucher sur une forme de pression morale bien involontaire »⁴⁰.

Mais il y a plus encore. En elle-même, la « souffrance constante et insupportable » n'est-elle pas la cause d'une culpabilisation de celui qui la subit, remontant aux structures archaïques du conscient et de l'inconscient de chacun, et de la plupart des civilisations ? Paul Ricoeur, notamment, a rappelé à quel point la tentation humaine face à la souffrance est de vouloir l'expliquer par une faute commise. Déjà dans *Finitude et culpabilité*, l'auteur écrit cette phrase qui apparaît terrible si on la rapporte à la perte de qualité de la vie supposée par l'euthanasie : « *Au lieu que la culpabilité procède du châtiment engendré par la Vengeance, c'est la diminution de valeur de l'existence qui sera l'origine de la punition et qui l'appellera comme guérison et comme amendement* »⁴¹. On songe aussi au *Livre de Job* qui constitue déjà une réaction à cette pseudo-explication de la question fondamentale de la philosophie et du mystère fondamental de la théologie⁴². Est-il exclu qu'un enfant qui demande de mourir en raison de sa souffrance vive celle-ci comme culpabilité fondamentale ? La mort serait alors libération de la souffrance par une plongée dans le néant ou par le passage vers un autre monde où la souffrance n'existe pas, mais aussi délivrance de cette culpabilité.

G- SUR L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT OU LA DIGNITÉ HUMAINE

Aux yeux du juriste, un autre étonnement est que ni les travaux préparatoires de la loi du 28 février 2014, ni l'arrêt de la Cour constitutionnelle 153/2015 ne mentionnent deux principes généraux du droit belge et du droit international, le principe de l'intérêt (supérieur) de

39. *Ibid.*, p. 12-13.

40. *Ibid.*, p. 19-20.

41. P. Ricoeur, *La symbolique du mal, II, Finitude et culpabilité*, Paris, Aubier Montaigne, 1960, p. 101.

42. P. Ricoeur, « Religion, athéisme, foi », in *Le conflit des interprétations*, Paris, Seuil, 1969.

l'enfant et celui du respect de la dignité humaine. Tous deux sont consacrés notamment par la Constitution belge, respectivement par l'article 22bis, alinéa 4, et par l'article 23, alinéa 1^{er}⁴³.

CONCLUSIONS

Cette contribution n'avait pas pour but de prendre position pour ou contre l'euthanasie des mineurs, et certainement pas au non d'un quelconque a priori ou d'une doctrine philosophique ou religieuse rigide, quelle qu'elle soit. L'auteur de ces lignes n'a voulu que mettre en rapport avec la loi et la jurisprudence l'insondable mystère de la souffrance des enfants qui pose un problème philosophique que les plus grands auteurs, comme Dostoïevski ou Camus, ont souligné, mais auquel ils n'ont pas pu répondre. Ce problème a des conséquences politiques et juridiques parce qu'il revient au pouvoir démocratique de tenter d'adapter le vivre-ensemble au meilleur possible, ou, dans le cas de l'euthanasie, au moins mauvais.

Le juriste mâtiné de philosophe est cependant contraint de constater que, même si l'on ne peut en vouloir au législateur ou aux juges de ne pas donner une réponse que personne ne peut donner, et même si les travaux préparatoires ont posé quelques questions de fond importantes, elles n'ont guère été approfondies. Finalement, la loi a manifestement été adoptée en fonction du rapport de force entre les partisans de l'euthanasie des enfants et les opposants.

La Cour constitutionnelle, dans son arrêt 153/2015 n'a pas pu, ou n'a pas voulu un tant soit peu approfondir les aspects éthiques de la loi du 28 février 2014. Il serait trop facile de dire qu'elle n'avait pas à s'en préoccuper. Le droit, surtout le droit constitutionnel, qui touche aux fondements d'un système juridique, pose toujours des choix éthiques, dans tous les domaines, des plus insignifiants aux plus importants.

43. Article 22bis, alinéa 4 : « Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ». Article 23, alinéa 1^{er} : « Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine ». Sur la reconnaissance de ces règles comme principes généraux du droit, voir : J. Fierens, « Existe-t-il un principe général du droit au respect de la dignité humaine ? », note sous Cass., 18 novembre 2013, *Revue critique de jurisprudence belge*, 2015/4, p. 358 et s. ; du même, « Alpha ursae minoris : The North Star and the child's best interests of the child among competing interests », in *The Best Interests of the Child: a dialogue between theory and practice*, Conseil de l'Europe, 2015, p. 36 et s.

Dans une matière aussi grave, cette loi et cet arrêt n'auraient pas dû être bâclés.

Mai 2019