

Délier la parole constitutionnelle de la fin de vie : enjeux et perspectives de l'affaire Vincent Lambert*

[Conseil d'Etat, ordonnance du 24 avril 2019, n° 428117]

Fanny Jacquelot**

RÉSUMÉ: I. Une décision médicale légalement fondée. – A. Le respect des exigences procédurales. – B. L'adéquation avec la volonté reconstituée du patient. – II. Un dispositif législatif partiellement constitutionnalisé. – A. L'exclusion du droit à la vie. – B. L'absence du droit à la protection constitutionnelle de la santé.

L'évolution des connaissances médicales a sensiblement repoussé la fin de vie du patient bien au-delà de sa propre résistance physiologique. Les Etats sont ainsi confrontés à la nécessité de déterminer, au prix de choix éthiques et philosophiques forts, les conditions dans lesquelles la mort peut arriver de manière acceptable. Si aucun système n'est allé jusqu'à reconnaître, de manière inconditionnée, au patient le droit de choisir son « propre destin biologique »¹, les dispositifs varient d'un Etat à un autre. De surcroît, ceux-ci sont en permanence modulés et sans cesse questionnés.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Maître de conférences-HDR en Droit public, Faculté de Droit, Université Jean Monnet, Saint-Etienne.

¹ C. CASONATO, *Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'Aloia (dir.), *Il diritto alla fine della vita: principi, decisioni, casi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

En Belgique (2002) ou encore au Luxembourg (2009), le législateur a ainsi fini par permettre l'aide au suicide voire l'euthanasie. En Allemagne et en Italie, les Cours constitutionnelles ont été saisies de recours visant à remettre en cause la constitutionnalité de lois interdisant de telles pratiques ². *A contrario*, aux Pays-Bas, premier pays au monde à avoir légalisé l'euthanasie en 2001, naissent des contentieux qui interrogent sur le maintien de tels dispositifs. Ainsi, le 11 septembre 2019, la justice néerlandaise a été conduite à se prononcer sur la responsabilité d'un médecin soupçonné d'avoir euthanasié une patiente sans avoir suffisamment pris la mesure du consentement de celle-ci ³.

En France, l'euthanasie et le suicide assisté n'ont pas été introduits par le législateur. Est à ce jour rejetée l'idée selon laquelle le corps médical pourrait abrégé intentionnellement la vie d'un patient atteint d'une pathologie incurable. Ce qui est prévu, par les lois *Leonetti* de 2005 ⁴ et *Clayes Leonetti* de 2016 ⁵, c'est la possibilité d'adopter une décision médicale portant arrêt des traitements ou des soins. Cela n'a donc pas pour conséquence directe de mettre fin à la vie du patient, mais seulement de permettre au médecin de « se retirer lorsqu'il n'y a plus rien à faire » ⁶.

C'est l'hypothèse de l'obstination déraisonnable, visée par l'article L. 1110-5-1 ⁷ du Code de la santé publique. Celui-ci implique de suspendre ou ne pas entreprendre les traitements considérés comme « inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie ». Dans de tels cas de figure, le médecin peut décider d'entamer une procédure destinée à évaluer la possibilité d'adopter une décision d'arrêt des traitements ou des soins. Ici, il n'y a pas d'intention de provoquer la mort mais seulement de laisser l'état du patient évoluer pour son propre compte.

Pour ce faire le législateur a tranché une question hautement polémique en décidant que « la nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés » ⁸. C'est d'ailleurs en ce sens également que la Cour de cassation italienne a statué dans un arrêt *Englaro* n°21748 de 2007 expliquant que ces éléments constituent un traitement en part entière dans la mesure où ils sous-tendent un « savoir scientifique », qu'ils sont réalisés sur prescription médicale avec à l'appui « des procédures technologiques » (§ 7.6). En d'autres termes, comme cela a été souligné, il ne s'agit pas, dans ce cas,

² La Cour constitutionnelle allemande a été saisie en avril 2019 ; pour l'Italie, voir Cour constitutionnelle italienne, ordonnance n° 207 de 2018 et déc. n° 242 de 2019.

³ Le médecin en cause a été acquitté en première instance. Mais l'affaire devrait faire l'objet d'un appel de la part du parquet.

⁴ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie.

⁵ La loi n°2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des personnes malades et des personnes en fin de vie.

⁶ R. KELLER, rapporteur public, in *Revue française de droit administratif*, 2014, p. 657.

⁷ Tel qu'issu de la loi n°2016-87 du 2 février 2016.

⁸ Sur ce point, voir notamment, A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, *Fin de vie: l'éternel mythe d'Asclépios*, Paris, Dalloz, 2016, p. 472.

d'envisager les notions de thérapie ou de soins dans une acception abstraite mais d'y voir « l'exercice d'un savoir clinique »⁹.

Le droit est donc entré dans l'escarcelle du médical mettant fin à la discrétionnalité, voire à la discrétion, du praticien pour le conduire directement... devant le prétoire du juge¹⁰. Tel a été le cas de la décision médicale prise, en 2018, à l'endroit de Vincent Lambert, ayant pour objet d'arrêter l'hydratation et de l'alimentation dont il était l'objet depuis son accident survenu dix ans plus tôt (en 2008). Cette décision n'était, en réalité, que la réitération de plusieurs décisions analogues, dont la première avait été adoptée dès 2013¹¹. Mais aucune d'elles n'avaient pu être appliquées du fait de la multiplication des contentieux qui ont jalonné la fin de vie de Vincent Lambert. Certains membres de sa famille (en particulier ses parents) ont, en effet, mis en œuvre tout de qui était juridictionnellement possible pour le maintenir en vie. S'il avait pu exprimer sa volonté, les événements auraient été tout autre, et d'ailleurs il n'y aurait pas eu d'« affaire Lambert »¹².

L'affaire Lambert est, en effet, celle d'une parole qui n'est plus en mesure d'être prise et qui ne l'a pas non plus été dans le passé par l'intermédiaire de consignes ou de directives anticipées. La valse des décisions de justice, des recours, des appels, des pourvois en cassation, des recours devant le juge européen des droits de l'homme, voire devant le comité international des personnes handicapées, en passant par le médiateur de la République¹³, n'est autre que l'illustration du silence assourdissant de ce patient dont l'état se dégrade pour être considéré, en dernier lieu par les médecins, comme relevant d'un état végétatif irréversible.

C'est au Conseil d'Etat qu'est revenu la charge de statuer, *in fine*, sur la décision médicale d'arrêt des traitements de Vincent Lambert¹⁴. Nombre de discussions ont alors entouré son office. Afin de ne pas déborder de la place qui est la sienne dans le système juridique et ne pas s'immiscer dans des choix de société qu'il ne lui appartient pas de prendre, le juge administratif s'en est donc tenu au strict contrôle de la légalité. Cela l'a conduit à valider la décision médicale d'arrêt des traitements. Mais pour cela, il a dû le faire à deux reprises, en 2014¹⁵ et en 2019¹⁶, avec des décisions quasiment analogues (I). Preuve que

⁹ N. VICECONTE, *L'ultima tessera del domino: il "caso Englaro" è chiuso*, in *Corti supremi e salute*, 2018, n. 1, p.85.

¹⁰ Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi du 2 février 2016, l'hypothèse avait été émise d'exclure du champ contentieux la décision médicale du médecin (compte-rendu des débats- discussion du 11 mars 2015).

¹¹ Le docteur Karinger, le premier médecin en charge du patient au sein du CHU de Rheims, a décidé le 10 avril 2013 d'arrêter l'alimentation du patient ainsi que son hydratation.

¹² D. TRUCHET, *L'affaire Lambert. A propos de l'arrêt du CE du 14 février 2014*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2014 p. 1669.

¹³ E. FAVEREAU, *L'affaire Lambert au bout de l'acharnement judiciaire*, in *Dalloz actualité*, 9 janvier 2015; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, *Chronique d'une mort dénoncée*, Paris, Dalloz, 2019, p. 1458 ; A.-M. LEROYER, *Fin de vie: l'indignité procédurale*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 552.

¹⁴ Sur ce point, voir: D. VIGNEAU, *L'affaire Vincent Lambert et le Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2014, p. 1856.

¹⁵ CE, arrêt du 24 juin 2014, n° 375090 et 375091.

¹⁶ CE, ordonnance du 24 avril 2019, n° 428117.

la voix du juge administratif n'a eu qu'une portée limitée. L'explication peut être trouvée dans la constitutionnalisation incomplète du dispositif législatif qu'il avait à appliquer. En effet, les différentes lois relatives à la fin de vie n'ont été irriguées que par une partie des droits fondamentaux potentiellement applicables. Aussi, la décision médicale a manqué d'un certain éclairage constitutionnel pour prendre tout son sens (II).

I. Une décision médicale légalement fondée

Le chemin vers le contrôle de légalité est escarpé tant il repose sur la notion d'« obstination déraisonnable » qui n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence. Le juge administratif¹⁷ a ainsi choisi d'en faire l'objet d'une démonstration qui repose sur la bonne mise en œuvre d'une procédure spécifique (A) et la reconstitution de la volonté du patient (B).

A. Le respect des exigences procédurales

Comme l'affirmait le rapporteur public Rémi Keller, il n'est pas demandé au juge de dire si la vie de Vincent Lambert vaut la peine d'être vécue¹⁸. En d'autres termes, il n'est pas possible de juger, *ex nihilo*, si « obstination déraisonnable » il y a. En revanche, le juge peut la matérialiser au travers de la preuve de l'existence d'une conviction qui se forge au fil d'une procédure essentiellement prévue par la loi. Ainsi, le juge fait-il de la procédure le moteur du processus censé guider le choix du médecin en charge du patient.

Telle est la lucarne au travers de laquelle filtre la lumière du contrôle juridictionnel de la décision médicale d'arrêt des soins ou des traitements. Et cela vaut, comme le souligne le Conseil d'Etat dès sa décision du 14 février 2014¹⁹, que le patient soit ou non en fin de vie. Le juge doit donc remonter le courant de la procédure fixée par le code de déontologie médicale et le code de la santé publique pour faire ressortir les ressorts de la conviction médicale.

Pour autant, ce contrôle juridictionnel de type procédural est susceptible de toucher rapidement ses limites en fonction des griefs soulevés par les parties. En effet, si toutes les procédures diligentées par les différents médecins en charge de Vincent Lambert ont été contestées, elles n'ont pas eu la même portée. Ainsi, le recours engagé à l'encontre de la première procédure collégiale ayant donné lieu à la décision médicale du 10 avril 2013 n'a touché que des questions strictement organisationnelles liées au défaut de consulta-

¹⁷ Sur le rapport entre l'affaire Vincent Lambert et le juge, voir, en particulier : P. DEUMIER, *L'affaire Lambert ou ce que les cas difficiles font aux décisions de justice*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 543 ; J. MUCCHIELLI, *Affaire Lambert: Le devoir du magistrat est de ne pas décider au regard de son interprétation personnelle*, in *Dalloz actualité*, 25 juin 2019.

¹⁸ A ce propos, voir en particulier, X. BROY, *Mort à jamais? Qui peut le dire?*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2019, p. 1168; G. ODINET, S. ROUSSEL, *La part du médecin et la part du juge*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2017, p. 1887; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, *Entre la vie et la mort: juger la fin de vie*, in *Les cahiers de la justice*, 2017, p. 413.

¹⁹ CE, Ass. 14 février 2014, n° 375081.

tion de certains proches de Vincent Lambert ²⁰. Pour le reste, d'ailleurs, il a été relevé que le médecin en charge de Vincent Lambert était même allé au-delà des exigences posées, à l'époque, par l'article R. 4217-37 du Code de la santé publique. Alors qu'il ne devait consulter qu'un seul médecin voire deux, celui-ci en a convoqué six. De plus, lors de la réunion organisée avec les proches de Vincent Lambert, le médecin avait accepté que les parents de ce dernier sollicitent deux médecins au lieu d'un seul.

A côté de ce recours purement technique, les autres ont pris une dimension toute autre. Ils se sont focalisés sur un vice de procédure bien particulier, à savoir l'inadéquation entre la décision médicale et le résultat de la consultation des professionnels de santé. Ce qui a eu pour effet de placer le juge en position de se substituer à l'appréciation faite par le médecin en charge du patient.

Cela a été, tout particulièrement le cas pour la procédure engagée en 2013 et ayant abouti à la décision médicale du 11 janvier 2014 qui prévoyait une nouvelle interruption progressive des soins. Saisi en référé, le tribunal administratif, par une ordonnance du 16 janvier 2014 ²¹, a suspendu l'application de cette décision. Pour lui, le rapport médical de 2011 établi par le Coma Science Group du Centre hospitalier universitaire de Liège ne permettait pas de faire naître la conviction d'une obstination déraisonnable. Le juge a donc credité le médecin en charge de Vincent Lambert.

Le Conseil d'Etat, saisi en appel de cette ordonnance, a toutefois considéré que la seule lecture dudit rapport ne suffisait pas pour effectuer le contrôle juridictionnel de la décision médicale. L'appréhension de toutes les dimensions de la procédure doit résulter certes d'une étude minutieuse mais surtout éclairée. C'est pourquoi la Haute instance a-t-elle choisi de dédier une instance à la seule mise en place d'un programme d'expertise avec la désignation d'un comité de trois médecins spécialistes de neurosciences ²² et de la convocation *d'amicus curiae* issus de l'Académie nationale de médecine, du Comité consultatif national d'éthique et du Conseil national de l'Ordre des médecins ²³. Ceux-ci avaient pour mission de présenter au Conseil d'Etat des observations sur « l'application des notions d'obstination déraisonnable et de maintien artificiel de la vie ».

En ce qui concerne tout particulièrement les experts, la décision du 14 février 2014 ²⁴ les notamment a chargés de « décrire l'état clinique actuel » du patient et son évolution depuis

²⁰ TA Châlons-en-Champagne, 11 mai 2013, n° 1300740, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2013, 1842, étude F.-X. Bréchet.

²¹ TA Châlons-en-Champagne, 16 janvier 2014, M. Pierre L. et autres c. CHU de Reims, n° 1400029.

²² Ce collège de trois médecins a été désigné par le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat sur proposition, du président de l'Académie Nationale de médecine, du président du Comité consultatif national d'éthique et du président du Conseil national de l'Ordre des médecins.

²³ Pour le Conseil d'Etat, cette affaire soulevait « des questions d'ordre scientifique, éthique et déontologique » qui nécessitaient également de convoquer des personnalités éminentes sur ces aspects afin de recueillir leurs observations.

²⁴ CE, décision du 14 février 2014, n° 375081.

2011 » et de « se prononcer sur le caractère irréversible des lésions cérébrales... et sur le pronostic clinique ».

On relève ici que la mobilisation de l'expertise a permis au Conseil d'Etat de faire intervenir un tiers au contrôle juridictionnel de la procédure dont est censée émaner la conviction de l'existence ou non d'une obstination déraisonnable. Ce tiers garantit d'ailleurs la nécessaire dissociation entre l'office du juge et le processus d'adoption de la décision médicale en tant que telle. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 24 juin 2014, a ainsi bien expliqué que c'est la concordance entre les conclusions des experts et celle du médecin en charge du patient qui l'a conduit à prendre acte de l'irréversibilité de l'état de Vincent Lambert. C'est la raison pour laquelle, la Haute instance a préconisé que désormais le recours à l'expertise soit un réflexe du juge du référé-liberté qui exerce ici « ses pouvoirs de manière particulière »²⁵.

C'est d'ailleurs ainsi qu'a procédé, plus tard, le Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en 2018. Alors que le Conseil d'Etat avait considéré dans son arrêt du 24 juin 2014 que la décision médicale du 11 janvier 2014 « ne pouvait être tenue pour illégale », celle-ci n'a pas pu recevoir application du fait de nouveaux recours contentieux. Finalement, une nouvelle procédure collégiale a pu être engagée sur le fondement de l'article R. 4127-37-2 du Code de la santé publique. Et comme par le passé, la décision médicale (du 9 avril 2018) qui en est ressortit, toujours favorable à l'arrêt des soins, a été contestée en référé-liberté. Le juge administratif, suivant les préconisations du Conseil d'Etat en statuant en formation collégiale de trois juges et en désignant un collègue d'experts, a rejeté la requête²⁶. Saisi en appel, le Conseil d'Etat, par une ordonnance du 24 avril 2019 (n° 428117) a suivi le premier juge en considérant que les nouvelles expertises qu'il avait ordonnées corroboraient celles de 2014 en ce qu'elles présentaient le patient comme étant dans « un état végétatif chronique de profondeur stable ».

C'est donc bien l'expertise qui a permis au juge d'apprécier la procédure destinée à faire émerger l'existence ou non d'une obstination déraisonnable. Cette expertise relève ainsi pleinement de l'office du juge. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a précisé, dans son ordonnance du 24 avril 2019, que les requérants « ne sauraient utilement critiquer le choix des experts qui relève du pouvoir d'appréciation du juge qui les a désignés ».

Toutefois, et comme en 2014, le Conseil d'Etat souligne en 2019 que les seuls éléments médicaux ne sauraient suffire à caractériser l'obstination déraisonnable. Il convient égale-

²⁵ Cela résulte en particulier des préconisations faites par le Conseil d'Etat lors de son arrêt du 24 juin 2014, *Mme Lambert et autres*, nn° 375081, 375090, 375091. Et cela a été expressément réitéré dans le corps même de la décision du Conseil d'Etat rendue le 24 avril 2019, n° 428117.

²⁶ Tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a rendu ici plusieurs ordonnances. Une ordonnance n°1800820 du 20 avril 2018 portant rejet de la demande de transfert de V. Lambert et désignation d'une commission d'experts : une ordonnance n°1800820 du 2 juillet 2018 portant modification des termes de la mission confiée aux médecins experts ; et une ordonnance n°1800820 du 31 janvier 2019 portant rejet de la requête.

ment d' « accorder une importance toute particulière à la volonté que le patient peut avoir, le cas échéant, antérieurement exprimée, quels qu'en soient la forme et le sens ». (§16).

B. L'adéquation avec la volonté reconstituée du patient

L'état clinique du patient ne suffit pas à fonder juridiquement une décision médicale d'arrêt des soins et des traitements. Cela est posé par le Conseil d'Etat dès 2014 et réitéré dans sa dernière ordonnance du 24 avril 2019. Il convient que le patient lui-même fasse montre d'une volonté. Mais celle-ci ne saurait s'exhaler de son silence. C'est la raison pour laquelle, elle doit être reconstituée par le biais d'indices concordants.

La reconstitution de la volonté du patient est d'ailleurs pratiquée par de nombreuses Cours suprêmes étrangères. Cela montre d'ailleurs que les « juges vont avoir de plus en plus de pouvoir sur le vie et la mort »²⁷. La Cour suprême du New Jersey, dans un arrêt du 31 mars 1976, a ainsi affirmé l'exigence de reconstituer la volonté du patient hors d'état de s'exprimer au regard de sa manière d'envisager la vie. De même, dans un arrêt du 25 juin 1990 (cas *C.*), la Cour suprême des Etats-Unis a considéré que la Constitution américaine ne faisait pas obstacle à ce que l'Etat du Missouri prévoit une législation qui garantisse que soient respectés les souhaits du patient même si celui-ci n'est plus en mesure de les exprimer explicitement. La Cour de cassation italienne, dans l'affaire *Englaro* de 2007, s'est d'ailleurs inscrite dans la droite ligne de cette jurisprudence, en affirmant la nécessité de déduire la volonté d'un tel patient « de sa personnalité, de son style de vie, de ses aspirations, de ses valeurs de références et de ses convictions éthiques, religieuses, culturelles et philosophiques » (§ 7.3).

Ces différentes méthodes de reconstitution sont toutefois plus subjectives que la méthode « française » employée par le Conseil d'Etat qui limite au maximum l'interprétation pour privilégier les éléments probants. Il accorde ainsi une part importante aux témoignages directs de la volonté antérieurement exprimée par le patient (cf. art. R4127-37-2 du code de la santé publique). Il en est de même pour la Cour constitutionnelle allemande qui s'appuie principalement sur des témoignages comme cela a été le cas dans différentes affaires, d'ailleurs citées par le rapporteur public Rémi Keller²⁸.

Dans le cas de l'affaire Lambert, le témoignage des proches a fait effectivement ressortir des bribes de volonté de ce dernier. En particulier, le Conseil d'Etat a fait mention du témoignage de la femme de Vincent Lambert aux termes duquel celui-ci aurait « 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 ». Le Juge administratif, dans son arrêt de 2014, a ainsi vérifié que de tels propos étaient fondés en soulignant que l'un des frères de Vincent Lambert les avait corroborés et que pour d'autres

²⁷ J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 2, p. 427.

²⁸ Cour fédérale allemande, arrêt *Kemptener* du 13 septembre 1994 ; arrêt *Putz* du 30 avril 2009, cités dans les conclusions de Rémi KELLER, *op. cit.*

de ses frères cela correspondait « à la personnalité, l'histoire et aux opinions personnelles de leur frère ». Ce à quoi les parents n'ont pas non plus opposé de démenti.

Ces éléments essentiels seront d'ailleurs repris dans la décision de 2019 avec une mention particulière quant à la valeur des différents témoignages recueillis. Pour le Conseil d'Etat, et ce dès 2014, il ne saurait être accordé de valeur prépondérante à l'un d'eux. Cette position est confortée dans la décision de 2019 précitée au regard des préconisations de la loi de 2016. Celle-ci a, en effet, entendu renforcer la parité entre les proches du patient pour valoriser la consensus plutôt qu'une orientation majoritaire.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat, dans sa décision de 2014, a affirmé que le médecin en charge du patient avait pu estimer que « le fait que les membres de la famille n'aient pas eu une opinion unanime quant au sens de la décision n'était pas de nature à faire obstacle à sa décision ». La Chambre des Lords britannique a sur ce point une position similaire. Dans une affaire G. du 16 novembre 1994, elle a considéré que l'opposition d'un membre de la famille ne saurait bloquer le processus décisionnel pris dans sa globalité.

Toutefois, la reconstitution de la volonté du patient ne doit pas se faire uniquement sur le fondement d'une volonté antérieurement exprimée mais elle doit également comporter des éléments issus d'une volonté actuelle. Ainsi, dans sa décision du 14 février 2014, le Conseil d'Etat a demandé aux médecins de rechercher l'existence d'éléments permettant de considérer que le patient « réagit aux soins qui lui sont prodigués et, dans l'affirmative, si ces réactions peuvent être interprétées comme un rejet de ces soins, une souffrance, le souhait que soit mis fin au traitement qui le maintien en vie ou comme témoignant, au contraire, du souhait que ce traitement soit prolongé ». De tels éléments ont ainsi été relevés. L'équipe médicale en charge de Vincent Lambert a pu interpréter, pendant les premiers temps de son hospitalisation, certaines de ses réactions comme susceptibles de s'analyser en un refus des soins.

Pour autant, même reconstituée, cette volonté demeure fragile. Certains ont, à juste titre, souligné l'écart de volonté qui peut exister entre le moment où l'on ne fait que se projeter dans un avenir immatériel et le moment où l'on se trouve vraiment dans un état de santé compromis qui implique une décision fatale. De plus, il peut arriver également que le patient émette la volonté que les traitements soient interrompus non pas parce qu'il le veut vraiment mais parce qu'il est dans un état de très grande faiblesse. C'est ainsi que dans l'affaire Ms B., au Royaume-Uni, les médecins se sont retrouvés attirés devant la Haute Cour pour avoir refusé d'arrêter l'assistance respiratoire de leur patiente, au motif qu'ils doutaient de la réalité de sa volonté. Les juges ne les ont toutefois pas suivi en ce sens et les ont enjoint de procéder à ce qui leur avait été demandé ²⁹.

La volonté du patient en fin de vie est donc tout à fait déterminante pour caractériser l'obstination déraisonnable, même s'il peut demeurer une zone d'incertitude quant à la

²⁹ Haute Cour de justice, *Ms B. v. An NHS Hospital Trust*, 22 mars 2002.

fiabilité de sa reconstitution. Elle est un élément de légalité à part entière de la décision médicale d'arrêt des traitements en ce qu'elle finalise la matérialisation de l'obstination déraisonnable. Mais cette légalité, comme l'a illustré l'affaire Vincent Lambert, repose sur un socle constitutionnel trop étroit qu'il convient d'élargir de manière à donner aux décisions médicales de ce type toute leur signification.

II. Un dispositif législatif partiellement constitutionnalisé

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017³⁰, a considéré que le cadre constitutionnel de la fin de vie était limité au respect de la dignité humaine et de la liberté personnelle. Il a donc placé le dispositif législatif applicable non seulement en dehors du droit à la vie (A) mais aussi du droit à la protection constitutionnelle de la santé (B).

A. L'exclusion du droit à la vie

Le cheminement de la décision médicale relative au cas de Vincent Lambert devait nécessairement buter sur l'invocation du droit à la vie. En particulier, lors des différents référés-libertés (art. L. 521-2 CJA) qui ont été intentés devant le juge administratif, les requérants se sont appuyés sur le droit à la vie en tant que liberté fondamentale susceptible de permettre la recevabilité de leur action. Ce qui était donc demandé au juge c'était de savoir si le droit à la vie pouvait conduire à prolonger la vie même de manière artificielle. Le juge des référés a admis la recevabilité de tels recours mais il n'a effectué qu'un contrôle au regard de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a admis, par deux fois, la compatibilité du dispositif français avec les exigences conventionnelles³¹.

En revanche, rien n'a été dit sur le plan de la constitutionnalité et pour cause puisque le Conseil constitutionnel se refuse à accorder une valeur constitutionnelle au droit à la

³⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés (UNAFIC)*, JORF n°0131 du 4 juin 2017 texte n° 78 ; pour un commentaire, voir en particulier, X. BIOY, *Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2017, p. 1908 ; D. VIGNEAU, *Le Conseil constitutionnel et la fin de vie d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté: une décision pour presque rien!*, in *Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies*, juillet 2017, n° 283, p. 1-3 ; G. NICOLAS, *La constitutionnalisation des conditions d'une fin de vie digne*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2017, n° 112, pp. 941-948 ; A. ROBLOT-TROIZIER, *La prudence du Conseil constitutionnel sur la question de la fin de vie*, in *Revue française de droit administratif*, novembre-décembre 2017, n° 6, pp. 1177-1182.

³¹ Cour EDH, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14 ; Cour EDH, arrêt du 30 avril 2019, *Lambert et autres c. France*, n° 21675/19.

vie ³². Celui-ci a d'ailleurs été saisi, pour la première fois, d'une telle demande dans la QPC n° 2017-632 précitée portant sur des dispositions du code de la santé publique issues de la loi Claeys-Leonetti de 2016. Comme il l'avait fait par le passé lorsqu'il était saisi de questions liées à l'embryon, le juge constitutionnel n'a pas fait droit aux prétentions de requérants qui entendaient faire découler le droit à la vie du principe constitutionnel de la protection de la dignité humaine consacré par la décision bioéthique de 1994 ³³.

Le Conseil constitutionnel a justifié sa position en soulignant que si le législateur consacre le « principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie » celui-ci ne saurait faire l'objet d'une consécration explicite d'un point de vue constitutionnel. Le juge constitutionnel a donc expliqué avoir préféré dégager le principe constitutionnel de la dignité humaine plutôt qu'« un droit autonome au respect de la vie » ³⁴. En conséquence, le principe de la dignité humaine peut véhiculer le respect de la vie, mais le droit à la vie, en tant que tel, n'est pas garanti par la Constitution de 1958.

Cela n'est pas totalement une originalité française. En Italie, le droit à la vie dispose aussi d'un statut plutôt « ambigu » ³⁵. Il n'est pas inscrit dans la Constitution de 1947. La Cour constitutionnelle italienne lui accorde un fondement constitutionnel implicite au travers de l'article 2 de la Constitution, en tant que « premier des droits inviolables de l'homme » (arrêt n° 223 de 1996). Le droit à la vie n'est donc pas non plus, ici, mobilisable de manière autonome mais au travers du prisme de la protection plus générale de l'article 2 précité.

Pour autant, qu'il soit consacré explicitement ou non, le droit à la vie n'est peut-être pas le plus adapté à la fin de vie du patient. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle italienne, reprenant en substance l'argumentation de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point ³⁶, ce droit n'est pas « pertinent » ³⁷ lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les garanties constitutionnelles entourant la fin de vie du patient dans la mesure où il ne saurait servir de fondement à demander de mourir.

De plus, il demeure délicat de demander à une Cour constitutionnelle de se prononcer sur ce qu'est la vie et sur la manière dont le législateur a de l'envisager. Pour autant, la dignité

³² Voir, en particulier : X. Bioy, *Le Conseil constitutionnel et l'arrêt des traitements médicaux. Les sophistes face à la mort de Socrate*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2017 p. 1908; D. PARIS, *Interruzione delle cure salvavita in paziente non in grado di esprimere la propria volontà: il Consiglio costituzionale conferma il suo self-restraint in materia di bioetica*, Nota a Conseil constitutionnel, décision n° 2017-632 QPC (2 juin 2017), in *Corti supreme e salute*, 2018, n. 1.

³³ Conseil constitutionnel, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Rec. p. 100. Sur la dignité humaine, voir en particulier, D. TRUCHET, *La dignité et les autres domaines du droit*, in *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 1094; P. COSSALTER, *La dignité humaine en droit public français: l'ultime recours*, in *Revue Générale du Droit*, 2014, n. 4, <https://www.revuegeneraledudroit.eu>.

³⁴ Commentaire relatif à la décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés (UNAFTC), *JORF n°0131 du 4 juin 2017 texte n° 78*.

³⁵ Sur la question du droit à la vie en Italie, voir, en particulier, L. PIROZZI, *Appunti per una riflessione sul diritto alla vita nella Costituzione italiana (a partire dall'ord. n° 207/2018 sul 'caso Cappato)*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 13, pp. 2 ss.

³⁶ Cour européenne des droits de l'homme, Cour EDH, arrêt *Pretty c. Royaume Uni*, du 29 avril 2002, n° 2346.

³⁷ Cour constitutionnelle italienne, ordonnance n° 207 de 2018, §.5.

humaine est à peine plus maniable, tant ses contours sont parfois tout aussi difficiles à cerner³⁸. Ce qui pourrait avoir pour conséquence d'ailleurs, en fonction de l'interprétation qui en est donné, d' « opposer la dignité 'personnelle' à la vie 'personnelle' »³⁹. A noter également que le principe constitutionnel de protection de la dignité humaine ne semble pas devoir s'appliquer à tout le dispositif de fin de vie. Il est davantage relié à la mise en œuvre des soins palliatifs⁴⁰, une fois que la décision d'arrêt des traitements a été prise. Au final, l'on obtient un dispositif législatif qui repose essentiellement sur les garanties constitutionnelles issues de la liberté personnelle⁴¹. Mais cela est insuffisant à assurer une véritable légitimité aux décisions médicales susceptibles d'être adoptées sur un tel fondement. La preuve a été apportée d'ailleurs lors de l'épisode judiciaire de l'affaire. Celui-ci a débuté par la saisine, par les parents de Vincent Lambert, du Comité international des droits des personnes handicapées de l'ONU lequel a demandé à l'Etat français de suspendre la décision médicale d'arrêt des traitements⁴². Face au refus de l'Etat, les parents du patient ont porté l'affaire jusque devant la Cour d'appel de Paris qui a fait entrer, « clandestinement » le droit à la vie dans le champ de la liberté individuelle afin de caractériser une voie de fait et justifier ainsi sa compétence pour ordonner la reprise des soins⁴³. Par son arrêt du 28 juin 2019⁴⁴, la Cour de cassation a toutefois rétabli l'exacte application de la voie de fait⁴⁵ en restituant la liberté individuelle dans l'acception qui est la sienne et qui est *de facto* limitée à la sûreté, conformément d'ailleurs à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Essentiellement fondée sur la liberté personnelle, la décision médicale relative à la fin de vie de Vincent Lambert est donc amputée d'une partie essentielle de sa signification qui est celle de garantir la protection constitutionnelle de la santé du patient.

³⁸ Sur les contours du principe constitutionnel de dignité humaine voir, en particulier, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dignité de la personne humaine: peut-on parler d'une exception française?*, in *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2013, pp.173-180.

³⁹ R. BALDUZZI, *L'alleanza terapeutica può includere l'aiuto a morire?*, préface à l'ouvrage de G. RAZZANO, *La legge 219/2017 su consenso informato e DAT, fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasici*, Torino, Giappichelli, 2019, in *Corti supreme e salute*, 2019, n. 1, p. 4.

⁴⁰ Voir, notamment, M.-L. MOQUET-ANGER, *La dignité et le droit de la santé*, in *Revue française de droit administratif*, 2015, p. 1075.

⁴¹ Sur la construction de la liberté personnelle par le juge, voir, en particulier, G. ARMAND, *Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, n. 1, pp. 37-72, spéc. pp. 50 ss.

⁴² CPDH, 3 mai 2019.

⁴³ CA Paris, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2019, p. 1082. Voir commentaire, X. DUPRE DE BOULOIS, *Affaire Vincent Lambert: la danse macabre continue. Au sujet de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 mai 2019*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2019, p. 1202 ; M. RIOUALEN, *Affaire Lambert: une bien surprenante voie de fait*, in *Dalloz actualité*, 4 juin 2019.

⁴⁴ V.-O. DERVIEUX, *Cour de cassation, 28 juin 2019, la double tentation du juge*, in *Dalloz actualité*, 2 juillet 2019.

⁴⁵ TC, arrêt *Bergoend*, 17 juin 2013, n° C3911 ; voir aussi, pour une autre lecture de la position du juge judiciaire: J. ROUX, *Affaire Vincent Lambert: la Cour de cassation aurait pu retenir la voie de fait*, in *Dalloz*, 2019, p. 1400.

B. L'absence du droit à la protection constitutionnelle de la santé

Si l'article L. 1110-1 du code de la santé publique fait effectivement référence au « droit fondamental à la protection de la santé », ce dernier n'a pas été mobilisé (même d'office par le juge constitutionnel) en tant que paramètre de constitutionnalité du dispositif législatif relatif à la fin de vie. En conséquence, ce dernier n'est donc pas matériellement irrigué par ce principe constitutionnel et en particulier par la jurisprudence constitutionnelle qui aurait pu permettre de fonder la décision médicale non plus seulement législativement mais aussi constitutionnellement.

Introduire le droit à la protection constitutionnelle de la santé dans le champ de la fin de vie présente des avantages non négligeables. Tout d'abord, celui-ci n'est pas superposable au droit à la vie. Leurs champs de protection ne se rejoignent pas nécessairement. Alors que le droit à la vie implique de préserver l'individu de toute atteinte qui pourrait le conduire à la mort, le droit à la protection de la santé se situe dans un prisme plus large. En effet, celui-ci constitue le fondement du droit à recevoir des soins et à voir sa santé (physique et psychique) préservée tant d'un point de vue individuel que collectif. Mais il implique également de prémunir le patient de tout traitement inutile ou devenu inefficace. Aussi la garantie de la santé connaît des limites que le droit à la vie n'envisage pas. De surcroît, alors que le droit à la vie est considéré comme indisponible, tout du moins du point de vue conventionnel et de celui de certains Etats européens, le droit à la protection de la santé appartient pleinement au patient par le prisme du consentement. Le consentement aux soins fait partie intégrante du champ de la protection constitutionnelle que ce soit en France comme dans les autres systèmes constitutionnels. Il comprend d'ailleurs le droit d'accepter les soins mais aussi de les refuser.

Or, en n'intégrant pas l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 dans les paramètres de constitutionnalité du dispositif législatif relatif à la fin de vie, le Conseil constitutionnel a donc matériellement dissocié la fin de vie de la santé du patient. En conséquence, la reconstitution de la volonté du patient hors d'état de s'exprimer n'a reçu qu'une dimension législative de ce point de vue. Déconnectée du droit à la protection de la santé, cette volonté, reconstituée en dehors du patient, n'est que l'« objet » de la décision médicale plutôt que d'en être l'un des sujets. Un tel constat milite pour que la question du lien entre santé et fin de vie soit reposée, à l'image de ce que vient de juger la Cour constitutionnelle (ord. n° 207 de 2018 et déc. n° 242 de 2019) ⁴⁶.

L'affaire portait sur un individu, souffrant de manière irréversible et incurable de différentes pathologies liées à un accident survenu en 2014. Il avait alors demandé, à Marco Cappato, de l'emmener en Suisse pour que soit mis fin à sa vie de manière directe et immédiate. A son retour, Marco Cappato a fait l'objet d'une action en justice au titre de l'article

⁴⁶ D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme et salute*, 2018, n. 3.

580 du code pénal qui interdit toute forme d'aide au suicide. Dans le cadre de l'instance, la Cour d'assise de Milan a, par ordonnance du 14 février 2018, soulevé la question de la constitutionnalité de cette disposition législative devant la Cour constitutionnelle. Celle-ci a considéré que l'article 580 précité n'était pas incompatible avec le texte constitutionnel, mais qu'en l'espèce il était inapplicable. Elle a ainsi demandé expressément au législateur d'adopter, d'ici le 24 septembre 2019, un dispositif adapté. Face à l'inertie constatée du Parlement à la date fixée, la juridiction constitutionnelle a, par un communiqué du 25 septembre 2019, ouvert, en attendant « l'intervention indispensable du législateur », la possibilité de recourir au suicide assisté si l'état et le consentement du patient le permettent⁴⁷. Si l'on peut émettre quelques réserves⁴⁸ quant à la légitimité de la Cour constitutionnelle italienne de reconnaître, de manière anticipée à tout débat parlementaire, une telle pratique, l'argumentation relative au régime constitutionnel de la fin de vie est pertinente. En effet, en affirmant que « l'interdiction absolue de l'aide au suicide finit (...) par limiter la liberté d'autodétermination du malade dans le choix des thérapies, y compris celles destinées à le libérer de ses souffrances » (§9 de l'ordonnance n° 207), la Haute instance fait entrer la mise en œuvre de la fin de vie⁴⁹ dans le champ des « soins ». Ce qui implique la couverture constitutionnelle de l'article 32 relatif au droit fondamental à la santé.

Emprunter un tel cheminement implique qu'en France aussi l'on soit prêt à envisager « le dépassement de la notion restrictive de protection de la santé »⁵⁰ pour aller au-delà de la garantie sanitaire. C'est à ce prix que la fin de vie pourrait intégrer le champ de la santé du patient. La décision médicale d'arrêt des traitements entrerait dans le champ des prescriptions de la protection constitutionnelle de la santé. Sa finalité deviendrait plus claire en ce qu'il ne s'agirait pas seulement de tout arrêter pour laisser mourir, mais de considérer l'interruption des soins comme un moyen de garantir autrement la santé du patient, en aménageant une fin de vie conforme à l'état dans lequel il se trouve.

De plus, cela permettrait de rééquilibrer le dispositif français puisque dans le droit constitutionnel à la santé, il y a aussi la protection du consentement du patient. Or, aujourd'hui, le dispositif français s'en remet, *in fine*, au seul médecin pour prendre la décision d'arrêt ou de poursuite des traitements. Admettre, même si c'est loin d'être évident, que l'interruption des traitements est aussi un « soin » garantirait au patient en fin de vie le consentement aux soins. Quand le législateur affirme la nécessité d'obtenir le consentement du patient ou, à défaut, l'expression de sa volonté présumée, il le fait au regard du respect de la dignité de la personne humaine mais pas aux fins de respecter le droit à la santé. Si

⁴⁷ La Cour constitutionnelle vient ainsi confirmer les conditions du suicide assisté qu'elle avait déjà posées dans son ordonnance n° 207 de 2018.

⁴⁸ G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019, n° 1.

⁴⁹ Ici le suicide assisté, mais l'on peut transposer cela à l'interruption des traitements.

⁵⁰ R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, *Biolaw Journal*, à paraître.

l'on ajoute ce paramètre, le prisme n'est plus tout à fait le même car la décision du médecin n'appartiendrait plus qu'au seul praticien mais aussi au patient, titulaire d'une volonté constitutionnellement garantie.

Ce raisonnement conduit également à conférer au patient en fin de vie l'exclusivité de ce consentement. Comme l'a souligné la Cour de cassation italienne, dans son arrêt *Englaro* précité, « la santé est un droit éminemment personnel ». Il ne peut être exercé que par son seul titulaire. Dans ces conditions, le cadre d'intervention des proches du patient devient plus clair. Ceux-ci ne peuvent pas s'immiscer dans la détermination de son consentement. Et l'on comprend mieux qu'ils ne puissent apporter que de simples témoignages. De surcroît, cela permet aussi de situer avec exactitude le rôle du tuteur qui est nommé dans ce genre de circonstances ⁵¹. Dans l'affaire Vincent Lambert, celui-ci pensait avoir pouvoir de décider à la place de ce dernier dans la mesure où il était hors d'état de s'exprimer. Cela lui a été refusé, mais la justification qui lui a été fournie n'était que de nature législative. Cela aurait été plus explicite s'il avait été fait mention d'un lien avec le droit constitutionnel à la santé qui implique la mise en œuvre d'une volonté ne pouvant découler que de son titulaire.

Alors certes la question peut se poser de savoir si faire entrer l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 dans le champ de la fin de vie ne pourrait pas avoir pour conséquence, combiné à la liberté individuelle et à la protection de la dignité humaine, de conduire vers un droit à l'auto-détermination du patient jusqu'à la fin de sa vie. Mais pour le savoir, il faudra, un jour ou l'autre, ouvrir la boîte de Pandore.

⁵¹ M. GROSSET, *Étude sur les directives anticipées et la personne de confiance: le rôle du tiers dans l'expression de la volonté du sujet empêché*, in Dalloz, 2019, p. 1947.