

# Euthanasie des mineurs pourquoi un critère d'âge ?

*Le récent débat parlementaire sur l'euthanasie des mineurs se joue sur fond de deux tendances. D'une part, l'évolution des mentalités liée à une réflexion sur la pratique d'euthanasie telle que dépenalisée en Belgique, mais aussi aux Pays-Bas. D'autre part, une prise de conscience graduelle du caractère potentiellement problématique des critères d'âge dont nos législations sont truffées, à travers une préoccupation pour les discriminations. Cette conjonction invite à une réflexion sur la fonction d'un critère d'âge, singulièrement dans des situations telles que l'euthanasie où un examen individualisé et approfondi est de toute manière imposé. La spécificité de l'âge par rapport à d'autres critères de traitement différencié, tels que le genre ou l'origine ethnique, est soulignée. Dans quelle mesure, même dans une configuration où un examen individualisé est obligatoire, le maintien d'un critère d'âge pourrait-il malgré tout se justifier ? Si l'on accorde un poids au critère d'âge en euthanasie, ce doit l'être en tout cas en réduisant tant que faire se peut le domaine des présomptions dites « irréfragables » et en différenciant le moins possible les régimes d'euthanasie qui en résulteraient.*

AXEL GOSSERIES

Si l'intérêt général ne peut être perdu de vue, l'enjeu pratique et premier de toute loi sur l'euthanasie est d'offrir des garanties solides de protection de l'intérêt du patient, en veillant à ce que la décision prise ne soit ni le fruit d'une pression problématique de proches, ni celui d'un acharnement du corps médical, ni le résultat d'une décision précipitée du patient lui-même. Cela rejoint d'ailleurs, dans le cas des mineurs, l'esprit de la convention de 1989 sur les droits de l'enfant : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (art. 3 § 1).

La dernière législature a connu un vif débat au Sénat sur la question de l'extension du champ de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie. Même si ce n'était pas le seul, l'un des enjeux était celui du déplacement ou de la suppression de la limite d'âge, fixée aujourd'hui en principe à dix-huit ans. C'est cette question du critère d'âge qui nous occupera ici. On postulera qu'une extension du régime actuel aux mineurs n'impliquerait aucunement son applica-

tion aux cas de néonatalogie. La loi relative à l'euthanasie prévoit en effet que le médecin doit s'assurer que le patient est « capable et conscient au moment de sa demande » et que cette « demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu'elle ne résulte pas d'une pression extérieure » (art. 3 § 1, al 1 et 2). La loi ne dépénalise pas non plus toute forme de suicide assisté. Elle se limite aux cas où le patient 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<sup>1</sup> » (art. 3 § 1, al 3).

On défendra ici l'extension du régime actuel aux moins de dix-huit ans, sur la base de deux préoccupations. D'une part, le caractère potentiellement injuste du recours à des critères d'âge dans de nombreux domaines de notre existence reste sous-estimé, même si on dispose depuis 2007 d'une législation contre la discrimination par l'âge<sup>2</sup>. D'autre part, une compréhension fine de la fonction du critère d'âge invite à s'interroger sur sa non-redondance dans le cas de l'euthanasie. L'argument se déploiera donc en plusieurs temps. On indiquera d'abord pourquoi le recours à un critère d'âge doit être dûment justifié. On insistera ensuite sur la fonction de *proxy*, de substitut approximatif de ce critère. On examinera enfin si, au vu de cette fonction, l'usage du critère d'âge peut malgré tout être justifié dans le cas de l'euthanasie, et, si oui, sous quelle forme.

Ce sujet n'est malheureusement pas que théorique. On peut garder à l'esprit un cas emblématique de refus de traitement — donc pas à strictement parler d'euthanasie —, celui de Benito Agrelo. Né avec un foie déficient, il dut subir une greffe dès l'âge de huit ans. Après avoir dû prendre de la cyclosporine pendant cinq ans, il fit l'objet d'une seconde transplantation, à la suite de laquelle il fut contraint de passer à une médication expérimentale ne lui permettant pas de mener une vie normale. Le jeune Benito décida de réduire progressivement les dosages et pour mettre fin au traitement à l'âge de quinze ans, contre l'avis des médecins. Un juge local, après avoir interrogé personnellement l'adolescent, lui reconnut le droit de refuser un tel traitement. Il mourut six mois plus tard<sup>3</sup>.

### LE CRITÈRE D'ÂGE N'EST PAS ANODIN

Comme notre origine ethnique, notre langue maternelle ou notre sexe, notre âge civil est une caractéristique sur laquelle nous n'avons aucune prise. Or, pratiquer des différences de traitement sur la base de variables hors de notre contrôle requiert justification. Dans certains cas, on aura cependant de bonnes raisons de recourir à un critère d'âge même si sa fixation exacte revêt inévitablement une part d'arbitraire. Le caractère partiellement arbitraire du choix d'un âge déterminé (exemple : 18 plutôt que 17 ans) n'implique ni que

1 Pour une analyse critique, notamment à la lumière de l'expérience néerlandaise : E. Montero, 2013, *Rendez-vous avec la mort. Dix ans d'euthanasie légale en Belgique*, Anthemis.

2 La loi anti-discrimination du 10 mai 2007 s'applique clairement à l'âge et aux soins de santé.

3 Voir S. Lonowski, 1995, « Recognizing the right of terminally-ill mature minors to refuse life-sustaining medical treatment : the need for legislative guidelines to give full effect to minors' expanded rights », *J. of Family Law*, 34(2), p. 421-445.

le choix de cet âge soit *totalem*ent arbitraire<sup>4</sup>, ni que le fait même de choisir un critère d'âge — quel qu'il soit — le soit aussi<sup>5</sup>.

Cela dit, l'âge que l'on a, s'il échappe à notre volonté, présente une particularité. Il évolue avec le temps, ce qui n'est pas le cas de notre origine ethnique, de notre langue maternelle ou de notre sexe. Cette évolutivité a certes pour conséquence de rendre plus passager l'impact négatif d'une différence de traitement par l'âge. Mais ce caractère évolutif de l'âge est pertinent au plan normatif pour une raison plus profonde, qui a trait à l'idée de « vie complète<sup>6</sup> ». L'hypothèse est la suivante : si certaines conditions sont satisfaites, une différence de traitement au détriment d'une classe d'âge particulière peut ne se traduire par aucune différence de traitement sur les vies complètes (argument défensif). Dans certains cas, différencier par l'âge peut même *contribuer* à une plus grande égalité sur les vies complètes entre générations successives (argument offensif). C'est l'hypothèse envisagée par exemple par la Cour de justice de l'Union européenne, quand elle considère comme objectif légitime d'une mesure de retraite d'office basée sur l'âge, celui de tenter de promouvoir un plus grand équilibre entre générations, au sens d'un meilleur partage de l'accès à l'emploi entre générations successives<sup>7</sup>.

L'égalité entre deux personnes d'âge différent sur leurs vies complètes est généralement un objectif plus pertinent qu'une égalité entre elles à chaque moment du temps. L'argument des vies complètes, sous sa forme défensive ou offensive, ne suffit-il pas à justifier une absence de gravité de l'usage du critère d'âge, comparé au sexe, à l'origine ethnique ou à la langue maternelle ? Non. Pour deux raisons. D'une part, l'égalité sur les vies complètes est parfois insuffisante. En effet, pour d'aucuns, l'accès à certains biens et services de base devrait être possible tout au long de la vie, à tout âge<sup>8</sup>. D'autre part, une différence de traitement par l'âge génère souvent dans les faits une différence sur les vies complètes. C'est vrai lorsque l'on modifie une limite d'âge. C'est le cas aussi lorsque l'on ne modifie pas une limite d'âge alors que l'environnement change. Ainsi, une retraite obligatoire basée sur un âge donné aura un impact très différent sur une génération ayant connu le plein-emploi que sur une autre entrée sur un marché du travail déprimé. C'est vrai aussi parce qu'au fur et à mesure de la succession des cohortes, les taux de fécondité et l'espérance de vie évoluent, ce qui modifie l'impact d'une règle donnée sur les générations successives. Dans ces cas, plus nombreux qu'on ne l'imagine, où la différenciation par l'âge engendre des différences de traitement sur les vies complètes, le recours au critère d'âge reste donc potentiellement problématique, malgré le fait que notre âge évolue.

En outre, le critère d'âge engendre potentiellement une différence sur les vies complètes pour une raison particulière dans ce cas-ci. Il n'est pas plausible, comme on le fait pour le refus de droit de vote aux moins de dix-huit ans, de

4 Proposition Vanlerberghe *et al.*, 28 octobre 2010, Ch., 2010-2011, 53 – 0496/1, p. 3 (« il s'agit d'un âge *purement* arbitraire », nos italiques).

5 Proposition van Cauter *et al.*, 7 février 2013, Ch., 2012-13, 53 – 2633/1, p. 4 (« il est *totalem*ent arbitraire de prévoir un âge minimum », nos italiques).

6 Voir D. McKerlie, 2012, *Justice Between the Young and the Old*, OUP, chap. 2.

7 Voir A.-Fr. Colla & A. Gosseries, 2013, « Discrimination par l'âge et droit transitoire. Réflexions à partir de *Commission/Hongrie* (C-286/12) », *Journal des tribunaux du travail*, 43 (1149), n° 19, p. 72-73.

8 Voir A. Gosseries, 2011, « Qu'est-ce que le suffisantisme ? », *Philosophiques*, 38(2), p. 465-492.

prétendre que refuser une euthanasie à un mineur de quinze ans soit compatible avec l'égalité sur les vies complètes. Une personne ayant la malchance de se trouver dès quinze ans dans des conditions qui autoriseraient à dix-huit ans une euthanasie, devra attendre plus de temps qu'une personne de plus de dix-huit ans connaissant la même condition médicale. Le critère d'âge pose donc problème. Il importe alors de voir si des justifications existent à son utilisation.

### LA FONCTION DE PROXY DE L'ÂGE

Quelle est donc la justification possible de critères d'âge dans nos systèmes juridiques, et, singulièrement, dans le cas de l'euthanasie ? Nos règles sociales ont constamment recours à des critères qui jouent en réalité le rôle d'indicateurs de quelque chose d'autre. Le recours au critère d'âge n'échappe pas à cette règle. L'âge est utilisé comme un « proxy », comme un indicateur, un prédicteur, un substitut approximatif. Et il n'est en effet pas insensé de penser, spécialement pour les tranches d'âge les plus précoces et les plus avancées, que l'âge, en tant qu'il est lié à l'écoulement du temps, peut être associé à l'évolution de capacités physiques, émotionnelles ou intellectuelles. Le fait de vouloir protéger les mineurs résulte clairement d'une hypothèse selon laquelle en général, ils ont des capacités différentes de celles des adultes. Même si la variabilité entre individus pour les tranches d'âge intermédiaires a tendance à être sous-estimée, aux deux extrémités de notre existence, les phénomènes d'apprentissage et de vieillissement, ont un impact significatif sur les capacités de chacun. Cela appelle trois réflexions.

D'abord, si un enfant de cinq ans a généralement des capacités physiques et intellectuelles plus réduites que celles d'un jeune adulte de vingt-cinq ans, on pourra dire alors que l'âge est un critère « objectif », même si la relation n'est que statistique. La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs reconnu dans plusieurs de ses arrêts la légitimité d'une relation établie entre un critère d'âge et la capacité à exercer certains métiers, tels que pompier opérationnel ou dentiste<sup>9</sup>. Mais l'on remarquera tout de suite que la « race » ou le sexe d'une personne sont aussi « objectivement » des prédicteurs très fiables de certaines capacités chaque fois que l'on se trouve dans une société raciste ou sexiste. Par exemple, si les personnes d'une origine ethnique déterminée ou d'un genre particulier sont systématiquement exclues de l'accès à l'enseignement dans une société donnée, l'origine ethnique et le sexe y seront de très « bons » prédicteurs des capacités que l'école permet typiquement à développer. Et pourtant, même si de tels critères sont « objectifs », au sens où il existe effectivement, en raison des règles d'organisation spécifiques à de telles sociétés, une relation forte entre « race » ou sexe d'une part, et certaines compétences d'autre part, il n'en resterait pas moins inacceptable de justifier ainsi des différences de traitement basées sur la « race » ou le sexe dans de telles sociétés.

9 Voir A. Gosseries, 2013, « La discrimination par l'âge en assurance à la lumière du droit européen du travail », *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 86(6), 14982

Pourquoi en irait-il alors autrement de l'âge ? Non pas parce que l'âge et les compétences en question auraient une relation plus « naturelle » — et donc « objective » dans ce sens particulier — que celle qui lierait la « race » ou le sexe à de telles compétences dans une société raciste ou sexiste. La relation âge-compétence est en effet elle aussi en partie le fruit de choix sociaux, relatifs par exemple à l'intensité des processus d'apprentissage mis en place dans l'école obligatoire, voire au caractère obligatoire de l'école lui-même, les apprentissages étant uniformisés, la relation entre l'âge et certaines compétences s'en voyant renforcée. Ce qui est plutôt déterminant dans notre perception de l'acceptabilité plus grande des critères d'âge, c'est sans doute la conjonction de deux facteurs : l'âge est « objectivement » un bon prédicteur (du moins à certains âges) et les règles d'organisation sociale qui *expliquent* en partie ces qualités de bon prédicteur ne sont pas problématiques — comme le seraient celles d'une société sexiste ou raciste — en particulier parce qu'elles n'engendrent pas nécessairement de différences sur les vies complètes.

Notre seconde réflexion a trait au doute qui pourrait surgir quant à savoir si l'âge est toujours un *proxy*. Les cas où il ne l'est pas sont très rares. Envisageons l'hypothèse de deux candidats à une greffe vitale, sachant qu'il n'existe qu'un seul organe à greffer. On pourra utiliser l'âge effectivement atteint par chacun d'eux comme critère de sélection, seul ou conjointement à d'autres critères. Mais cet âge effectif sera en réalité un proxy du nombre *total* d'années de chacun des deux dans les deux cas possibles (organe alloué à l'un ou à l'autre). C'est du moins le cas pour une théorie qui se préoccupe de l'égalisation des longueurs de vies, toutes choses égales par ailleurs. Les choses se présentent certes différemment pour une théorie de type « fair innings », pour laquelle la justice exige plutôt que chacun atteigne un nombre d'années minimum, nécessaire à une vie accomplie (par exemple, septante ans)<sup>10</sup>. Il se peut que dans ce cas, chacun des deux patients ait déjà atteint cet âge<sup>11</sup>. On allouera alors l'organe en question, soit en tirant au sort, soit sur la base d'autres critères, par exemple, en sélectionnant le patient qui pourra maximiser le nombre d'années additionnelles résultant de la greffe, ou en faisant bénéficier le patient qui a plus d'enfants à sa charge. Il est donc possible que l'âge effectivement atteint ne joue pas ici le rôle de « proxy ». Mais c'est un cas rarissime, qui tient à la conjonction d'une théorie très particulière (*fair innings*) et d'une hypothèse où les deux patients ont de toute façon atteint l'âge suffisant. Dans la toute grande majorité des cas, l'âge reste par contre un proxy.

Enfin, le troisième élément de réflexion a trait aux raisons pour lesquelles un système juridique tend à utiliser l'âge comme proxy. On peut évidemment mettre en évidence sa commodité administrative dans des sociétés où l'âge des personnes est documenté. Ceci est particulièrement important lorsqu'une législation touche une quantité importante d'individus. Mais le recours au critère d'âge présente aussi d'autres avantages parce qu'il évite des effets problématiques qui résulteraient d'une analyse plus fine portant plus directement sur le *x* dont l'âge est le proxy.

10 Voir G. Bognar, 2008. « Age-Weighting », *Economics & Philosophy*, 24, p. 178 ss.

11 Merci à N. Eyal d'avoir attiré mon attention sur ce point.

Prenons deux exemples. Dans le cas du droit de vote, l'on pourrait certes renoncer à un âge seuil et passer à un examen individualisé des compétences politiques des personnes, via un examen débouchant sur un permis de voter. Mais le risque sera à la fois celui d'une politisation de l'examen concerné et d'une citoyenneté à deux vitesses, d'aucuns disposant d'un droit de vote plus jeunes que d'autres alors que certains n'accèderaient éventuellement jamais à la qualité d'électeur. De même, dans le cas de l'âge comme critère de majorité sexuelle, on pourrait imaginer renoncer au critère d'âge et passer à un test de maturité émotionnelle et sexuelle. Dans ce cas, c'est probablement le risque d'atteinte à la vie privée des personnes qui serait premier, sans gain significatif lié au fait de « coler » plus étroitement à la maturité émotionnelle et sexuelle de chacun. Ce que ces deux exemples traduisent — comme d'autres, tel celui de la retraite d'office basée sur l'âge —, c'est une stratégie qui privilégie l'exclusion d'une classe d'âge par rapport à celle d'individus particuliers. Et en raison de l'évolutivité du critère d'âge, une telle stratégie peut être jugée par d'aucuns moins problématique qu'une approche plus individualisée, même si elle peut conduire en réalité à la stigmatisation d'une classe d'âge entière plutôt que d'individus particuliers.

### LE CRITÈRE D'ÂGE EST-IL ICI REDONDANT ?

Si l'âge présente une spécificité — son évolutivité — permettant de mobiliser l'argument des vies complètes, les conditions opératives de cet argument sont souvent violées. De plus, l'âge est quasi toujours utilisé comme le substitut approximatif d'autre chose, comme indicateur d'une capacité cible (physique, émotionnelle, intellectuelle, etc.). Notre interrogation sur la fonction du critère d'âge dans le cadre d'une loi sur l'euthanasie est alors la suivante. Si l'âge n'est pas un critère anodin, le recours au critère d'âge doit remplir une fonction identifiable. De plus, il est difficile d'isoler une autre fonction du critère d'âge dans le contexte de l'euthanasie que celle de proxy de la capacité de discernement, de la maturité du patient. Or, répétons-le, la loi sur l'euthanasie telle que libellée aujourd'hui exige de toute façon que le médecin vérifie que le patient soit « capable et conscient au moment de sa demande » et que « la demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu'elle ne résulte pas d'une pression extérieure » (art. 3 § 1, al 1 et 2). On ajoutera d'ailleurs que contrairement aux exemples du critère d'âge pour la majorité sexuelle ou électorale, il existe ici de solides raisons de procéder dans le cas de l'euthanasie à un examen individualisé. La question est alors la suivante : si l'âge est utilisé comme le proxy d'un x (ici, la capacité de discernement) et que l'existence de ce même x doit de toute façon faire l'objet d'un examen approfondi et individualisé, le recours au critère d'âge n'est-il pas redondant ? Ne faut-il pas renoncer dans ce type de cas à tout critère d'âge puisqu'il serait inutile tout en n'étant pas anodin ?

Telle est l'objection de la redondance. Pour en évaluer le poids, distinguons notre cas de deux autres. D'une part, la loi sur l'euthanasie a recours à une limite d'âge précise (dix-huit ans en principe). Par contre, d'autres législations exigent une prise en compte de l'âge et de la maturité comme deux variables

*distinctes*, sans pour autant imposer de limite d'âge définie. Dans de tels cas, il y a redondance problématique si l'âge n'a d'autre fonction que celle d'un proxy de la maturité. C'est le cas de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient qui prévoit pour les mineurs que « suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits<sup>12</sup> ». Le cas de la loi sur l'euthanasie s'en distingue, couplant un examen individualisé de la capacité de discernement/maturité avec un critère d'âge défini.

D'autre part, il existe des situations où un examen individualisé est imposé en conjonction avec une limite d'âge définie, tout en différant malgré tout aussi du cas de l'euthanasie. Pensons à l'examen pratique en vue de l'obtention du permis de conduire. Cet examen individualisé vise à vérifier si un candidat est en mesure de mettre en pratique sa connaissance du code de la route ainsi que s'il est capable de maîtriser les éléments techniques de son véhicule et de se mouvoir sur la route. Pourtant, le législateur a quand même jugé utile de prévoir différentes limites d'âge en fonction du type de véhicule concerné, en sus de l'exigence d'examen pratique. Une hypothèse est que l'existence d'un examen individualisé ne porte pas sur le même x que celui dont l'âge est le proxy. L'on peut penser que si l'âge est le proxy de la maturité de la personne, l'examen pratique porterait sur autre chose que la maturité générale du candidat conducteur. Dans un tel cas, si l'objet de l'examen approfondi ne coïncide pas avec la variable dont l'âge est le proxy, on pourra conclure qu'il n'y a pas redondance<sup>13</sup>.

Le cas de la loi sur l'euthanasie est donc spécifique. D'une part, un âge précis y est défini. D'autre part, l'âge y joue le rôle de proxy d'une variable « cible » qui peut être présentée comme identique à celle qui fait l'objet de l'examen approfondi imposé au médecin par la loi. L'objection de la redondance reste donc entière. Il n'est cependant pas exclu que le critère d'âge puisse avoir une valeur ajoutée en l'espèce, même si l'âge a pour proxy une capacité identique à celle qui fait l'objet de l'examen individualisé par le médecin. Un législateur peut en effet vouloir donner une indication générale sur l'existence probable ou non d'une capacité de discernement. L'objectif est de veiller à réduire autant que possible les cas où l'on conclurait à l'absence de capacité alors qu'elle serait présente, ou — à l'inverse — à sa présence là où elle serait absente. Le législateur peut réaliser cela par un jeu de présomptions liées à des limites d'âge, et qui se combinent à l'examen individualisé approfondi tout en en modifiant l'orientation dans chaque cas<sup>14</sup>. Telle est la réponse possible à l'argument de la redondance dans un cas où le critère d'âge et l'examen individualisé ont la même cible.

## DEUX ÂGES CHARNIÈRES, DEUX PRÉSOMPTIONS

Examinons brièvement quelle forme pourrait prendre ce jeu de présomp-

12 Art. 12, § 2 (nos italiques). De même, l'article 12 § 1 de la convention de 1989 des droits de l'enfant prévoit que « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité » (nos italiques).

13 Merci à B. Hellman d'avoir attiré mon attention sur ce point.

14 Sur l'âge comme définissant un champ de présomption: M. Mercat-Bruns, 2011, « La CJUE et les présomptions sur l'âge », *Revue de jurisprudence sociale*, 12/11, p. 817-819.

tions dans le cas de l'euthanasie, mais aussi pourquoi il serait inapproprié de lui accorder un poids trop important. Un système de présomptions peut jouer sur trois dimensions. D'abord, il peut y avoir présomption pour certaines classes d'âges et pas pour d'autres (exemple : présomption d'absence de x avant un âge donné, pas de présomption après cet âge). Ensuite, la présomption peut être négative (absence de capacité) ou positive (existence de capacité). Enfin, la présomption peut être réfragable (exemple : quand la loi permet d'accorder le statut de mineur émancipé à des moins de dix-huit ans) ou irréfragable (exemple : quand la loi fixe le droit de vote à dix-huit ans sans offrir la possibilité de démontrer sa compétence avant cet âge).

Le régime actuel en matière d'euthanasie peut être présenté comme suit pour ce qui est de la capacité de discernement : avant 18 (ou 16)<sup>15</sup> ans : présomption irréfragable d'absence de capacité ; à partir de (16 ou) 18 ans : absence de présomption et nécessité de vérifier l'existence d'une capacité.

Il serait inexact d'affirmer que le législateur présume dans le cas de l'euthanasie l'existence d'une capacité de discernement au-delà de dix-huit ans, comme il le fait pour le droit de vote. Quand une présomption est réfragable, son renversement nécessite inévitablement un examen individualisé. Mais si un examen individualisé est de toute façon jugé nécessaire pour vérifier l'existence d'une capacité, la nécessité d'un tel examen est incompatible avec l'hypothèse d'une présomption positive d'existence de capacité.

Il me paraît indispensable d'étendre le domaine de la loi aux moins de dix-huit ans. On peut le faire en insérant une catégorie intermédiaire, via une présomption réfragable d'absence de capacité de discernement entre un âge à déterminer et dix-huit ans. Comment justifier une telle modification ? Une chose est en effet de déterminer pourquoi le recours à un critère d'âge n'est pas nécessairement redondant. C'en est une autre de justifier pourquoi les présomptions actuelles et les limites d'âge choisies devraient être modifiées.

L'on peut argumenter en deux points. D'abord, l'irréfragabilité. Une présomption irréfragable, telle que celle applicable dans la loi actuelle aux moins de dix-huit ans pour l'euthanasie, ne s'ajoute pas à un examen individualisé. Elle s'y substitue totalement. Puisque le critère d'âge n'est pas anodin, il est essentiel de renoncer tant que possible aux présomptions irréfragables, spécialement dans des cas où on estime satisfaisant de procéder à un examen individualisé pour d'autres catégories d'âge. En l'espèce, le recours à une présomption irréfragable, qui couvre aujourd'hui l'ensemble des moins de dix-huit ans, est disproportionné. Ensuite, la cohérence du législateur. Si ce dernier met en place des règles permettant à des jeunes de douze ans de poser des actes graves, en ce compris liés à leur santé, l'on comprendrait difficilement qu'il juge par ailleurs qu'il soit quasi impossible qu'un jeune du même âge dispose de la capacité de discernement nécessaire à une décision de demande d'euthanasie.

Inspirons-nous d'une règle déjà ancienne de *common law* utilisée en droit pénal et en droit des obligations que l'on désigne par l'expression de « *rule of*

15 L'euthanasie est déjà ouverte aujourd'hui aux mineurs émancipés, à partir de seize ans.



sevens » et qui peut être présentée comme suit<sup>16</sup> : avant 7 ans : présomption irréfragable d'absence de capacité ; de 7 à 14 ans : présomption réfragable d'absence de capacité ; de 14 à 21 ans : présomption réfragable d'existence de capacité.

On peut alors modifier cette règle à plusieurs égards et proposer dans le cas de l'euthanasie : avant 7 ans : présomption irréfragable d'absence de capacité ; de 7 à 18 ans : présomption réfragable d'absence de capacité ; après 18 ans : absence de présomption et nécessité de vérifier l'existence d'une capacité.

Justifions et précisons cette proposition par quatre observations. D'abord, la loi actuelle ouvre certes déjà la possibilité d'une euthanasie à des mineurs émancipés. Cela indique qu'il n'est pas absurde d'ouvrir cette possibilité à des moins de dix-huit ans, spécialement si un examen individualisé est de toute façon exigé, même si la procédure d'émancipation requiert une procédure spécifique et n'est ouverte qu'à partir de seize ans.

Ensuite, la fixation du premier âge charnière peut évidemment être discutée<sup>17</sup>. Il s'agit ici de questions de degré. Il faut tenir compte à la fois de ce que nous apprend la psychologie du développement et de ce que le droit a utilisé comme âges pour d'autres législations, sans négliger la nécessité pour le droit d'évoluer si nécessaire. D'aucuns penseront que le seuil de sept ans est trop bas. Pourtant, une présomption irréfragable pour une décision d'une telle gravité ne doit être utilisée que si le législateur a statistiquement des chances infimes de se tromper, d'autant qu'au-delà de cet âge charnière, une présomption, certes réfragable, d'absence de capacité subsisterait, y étant associée la nécessité d'examen individualisé du régime actuel. La littérature psychologique relative à la compréhension des différentes composantes de la mort (irréversibilité, universalité...) suggère qu'une vision complète des différentes composantes de la mort peut intervenir dans certains cas dès l'âge de sept ans<sup>18</sup>.

De plus, le législateur a certes estimé que ce n'est qu'à partir de 12 ans qu'un enfant dispose d'une capacité de discernement suffisante en matière de consentement à une adoption et peut l'avoir en cas de prélèvement d'organes susceptibles de se régénérer au profit d'un frère ou d'une sœur<sup>19</sup>. Mais on notera que plusieurs autres textes octroient des droits à des mineurs s'ils ont une capacité de discernement, sans définir d'âge particulier dans ces cas, qu'il s'agisse par exemple du droit d'être entendu par le juge dans toute procédure judiciaire le concernant ou par un médecin en matière de prélèvement sanguin sur des moins de 18 ans dans des cas d'extrême nécessité médicale. De même, tout mineur, quel que soit son âge, s'il est « capable de manifester sa volonté »,

16 Voir D. Hart, 2001, « Recent decision : In Determining the Criminal Liability of a Parent, Neither the Maturity of an Unemancipated Minor nor the Minor's Right to Privacy are Affirmative Defenses to Discharge Parental Duties to their Minor Children in Life Threatening Situations », *Duquesne L. R.*, 40, p. 154, note 56. Voir aussi Lonowski, *op. cit.*, p. 440.

17 Compar. propos. Defraigne, 23/09/10, Sén., 2010-2011 (extraord.), 5-179/1 (extension limitée à 15 ans).

18 V. Slaughter & M. Griffiths, 2007, « Death Understanding and Fear of Death in Young Children », *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, vol. 12, p. 525 ; F. Bonoti, A. Leondari & A. Mastora, 2013. « Exploring Children's Understanding of Death : Through Drawings and The Death Concept Questionnaire », *Death Studies*, 37, p. 48.

19 Voir généralement A. Nottet, 2012, « Le mineur en droit médical », dans G. Genicot (coord.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, Anthemis/CUP, p. 188 ss.

peut s'opposer à des prélèvements d'organes post-mortem et la loi relative aux droits des patients de 2002, tout à fait pertinente pour le cas qui nous occupe, n'estime pas nécessaire de déterminer un âge plancher en dessous duquel le mineur serait inapte « à apprécier raisonnablement ses intérêts ».

Indépendamment de la définition d'âges précis, on pourrait aussi vouloir multiplier les âges charnières. On connaît bien sûr d'autres régimes où une gradation d'âges limites plus fine est utilisée. C'est le cas par exemple en matière de signalétique télévisuelle où sont mobilisés quatre âges (10, 12, 16 et 18 ans), définissant cinq catégories<sup>20</sup>. Cependant, dans le cas présent, un examen individualisé étant de toute façon indispensable, seuls trois régimes semblent logiquement possibles, sauf à différencier l'objet de cet examen individualisé au-delà d'une distinction entre « montrer qu'un enfant a une capacité dans un contexte de présomption d'absence de capacité » et « montrer qu'un mineur a une capacité sans présomption générale ».

Enfin, une question clé est évidemment de définir exactement quelle différence pratique implique le fait de vérifier l'existence d'une capacité de discernement dans un contexte de présomption réfragable d'absence de capacité et dans un contexte d'absence de présomption. Cela fait au minimum une différence symbolique, dont l'importance pour les médecins et pour les citoyens ne doit pas être sous-estimée. Et on peut aussi imaginer qu'à la marge, un juge puisse estimer que la vérification doit être encore plus approfondie dans le premier cas que dans le second.

Cela étant, un double argument plaide en faveur d'une faible *différenciation* des régimes applicables dans notre proposition aux plus de sept ans et aux plus de dix-huit ans. D'abord, si le législateur estime réellement que le risque de jugement erroné quant à la capacité de discernement des patients est significatif, il devrait s'en inquiéter aussi pour les majeurs et modifier en conséquence le régime existant en ajoutant des garanties supplémentaires pour l'ensemble des régimes, plutôt qu'en différenciant les régimes en fonction de l'âge. Ensuite, il existe évidemment un risque qu'une forte différenciation de régimes fragilise le régime applicable aux plus de dix-huit ans. Ce risque de banalisation est évidemment moins fort s'il n'y a pas de présomption du tout au-delà de dix-huit ans plutôt qu'une présomption de capacité. Mais il subsiste néanmoins. C'est pour cela aussi qu'il faut concevoir la différenciation de régimes pour les plus de sept ans et pour les plus de dix-huit ans comme d'abord symbolique, l'examen devant rester très approfondi dans les deux cas. Rappelons-le, même en l'absence totale de critère d'âge, le régime actuel, s'il est appliqué correctement, offre en principe les garanties nécessaires dès la naissance.

On ne peut évidemment exclure l'idée d'ajouter à cette différence de présomptions, des contraintes procédurales spécifiques applicables à l'euthanasie des mineurs. Des propositions telles que la consultation obligatoire d'un pédiatre, d'un pédopsychiatre, d'un psychologue et/ou des parents (ou autres représentants légaux), ou l'imposition d'un questionnaire spécifique à l'atten-

<sup>20</sup> Arrêté gouv. Com. fr., 21 février 2013, relatif à la protection des mineurs contre les programmes télévisuels susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral, article 1<sup>er</sup> § 1<sup>er</sup>.

tion du médecin, font sens. Mais ici aussi, il faut garder en tête d'une part les risques mentionnés plus haut liés à une trop grande différenciation des régimes, et d'autre part, le fait que la position des parents n'ira pas nécessairement dans tous les cas dans le sens de l'intérêt de l'enfant. C'est pour cette raison aussi qu'exiger non seulement une consultation des représentants légaux de l'enfant, mais aussi un consentement de leur part, est un pas supplémentaire qu'il est plus difficile de justifier<sup>21</sup>.

### CONCLUSION

On aura peut-être le sentiment que ce texte est passé à côté de l'essentiel. Car pour d'aucuns, la question n'est sans doute pas celle de savoir à partir de quel âge une personne peut avoir le discernement nécessaire pour demander une euthanasie. Même si cette capacité de discernement existe, a été exercée de façon répétée, face à des souffrances constantes, insupportables et inapaisables, le simple fait d'être mineur ferait en sorte qu'une dépénalisation de l'euthanasie poserait malgré tout des questions différentes. Pourtant, l'on ne saurait adopter une telle position sans l'argumenter. Or, qu'est-ce qui distingue fondamentalement ici un enfant d'un adulte si ce n'est sa seule capacité de discernement ? Il est certes plausible d'affirmer que l'euthanasie d'un mineur est encore plus tragique que celle d'un adulte. Tout parent ayant perdu un enfant en a la conscience la plus aigüe. Mais cela n'implique pas à notre sens qu'il faille priver un enfant ou un adolescent d'une telle option si elle est ouverte à des adultes après un examen approfondi du sérieux de sa demande et de sa capacité de discernement. Nous protégeons souvent nos enfants contre eux-mêmes et contre les adultes en les privant de droits, qu'il s'agisse de celui de travailler avant quinze ans ou de celui de voter avant dix-huit ans. Mais chacune de ces mesures dites « protectrices » doit être dûment justifiée, surtout si elle touche à un droit aussi fondamental que celui sous-jacent à la dépénalisation de l'euthanasie.

À cette lumière, une extension de la loi aux mineurs de moins de dix-huit ans est indispensable, même si elle concerne en pratique un nombre limité de cas. Elle doit se faire en gardant à l'esprit deux exigences. D'une part, toute présomption irréfragable fondée sur l'âge doit être limitée au strict minimum. C'est particulièrement vrai si le régime général prévoit de toute façon un examen individualisé et approfondi. D'autre part, si critère d'âge il doit y avoir — en particulier au-delà d'un premier âge charnière dans la proposition ci-dessus —, la différenciation de régimes qu'il implique ne peut être trop forte. Elle doit rester avant tout symbolique, afin de ne pas banaliser le régime applicable au-delà de dix-huit ans qui concerne, — ne l'oublions pas —, le groupe de destinataires le plus important. Ces deux exigences sont essentielles et la proposition formulée ci-dessus en est une traduction possible. ■

<sup>21</sup> En ce sens: Proposition Mahoux, De Gucht, Defraigne et Swennen, 26 juin 2013, Sén., 2012-2013, 5-2170/1, p. 5 («... et s'assurer qu'ils marquent leur accord sur la demande du patient mineur... » (art 2, 2°, § 4), nos italiques). Compar. Proposition Defraigne, 23 sept. 2010, Sén., 2010-2011 (extraord.), 5 - 179/1 («... s'entretenir de sa demande avec les parents qui ont l'autorité parentale ...», nos italiques).