

DELITS D'ACTION ET DELITS D'OMISSION. L'EUTHANASIE

A PROPOS DE L'AFFAIRE TERRY SCHIAVO AUX USA¹

Pedro Montano
Professeur de Droit Pénal
Université de la République, Montévidéo, Uruguay

A. Délits d'action

La plupart des délits suppose la punition d'une conduite humaine active. Le droit pénal punit celui qui a fait quelque chose contrairement à la loi. C'est ainsi car la grande majorité de lois pénales oblige à s'abstenir de faire quelque chose de très précis². Voilà ce qu'on appelle les délits d'action.

D'après la théorie des normes de BINDING, on pourrait soutenir que lors de la commission d'un délit on ne viole pas une norme, sinon précisément, tout au contraire, on l'accomplit. En fait, le sujet actif reproduit dans la réalité, ce que la norme décrit dans le supposé de fait. Mais, en réalité il y a une contradiction plus profonde. La loi, le type pénal, est une expression de ce que la société ne veut pas dans son sein. Et ce qu'elle refuse peut être aussi bien une attitude positive, un "acte actif", un "faire", qu'une omission, une attitude passive, un "non faire", un "laisser faire"³.

B. Délits d'omission proprement dits

La littérature fait souvent référence à l'origine de ces délits d'omission. Les délits intentionnels –avec dol- étant la règle ont été suivis dans l'évolution du Droit Pénal des délits coupables, fautifs, au fur et à mesure que la mécanisation, l'utilisation des machines a été introduite dans la vie sociale. Les délits d'omission sont la conséquence de l'avènement de l'état de droit prévisionnel.

¹ Leçon prononcée le 27 avril 2005 aux élèves de l'Université de Fribourg, Suisse par le Prof. Dr. Pedro Montano, Professeur de Droit Pénal à l'Université de la République, Montévidéo, Uruguay, invité par le Prof. Hurtado Pozo. L'auteur remercie spécialement à sa soeur, Mme. Aurélie Montano de Bellocq, pour son aide à la traduction.

² On dit "très précis" car le principe est la liberté, la restriction c'est l'exception. Le principe de légalité est la garantie de la liberté, donc le législateur doit déterminer avec totale précision la conduite interdite ou ordonnée.

³ Voir Art. 111 Code Pénal Suisse (CPS).

C'est pourquoi –bien qu'en petit nombre mais *in crescendo*- les dispositions pénales obligent à faire quelque chose⁴. Ce sont les dénommés, délits d'omission pure. Ces normes contiennent un mandat générique d'agir pour prêter secours n'importe qui que ce soit, fondé sur le principe de solidarité sociale: ceux qui convivent dans une même société ne peuvent pas être indifférents entre eux. Pour l'instant ce ne sont que des délits dans le domaine de la protection de la vie humaine, de l'intégrité physique.

Cependant, d'autres biens juridiques ont apparu récemment comme certains intérêts diffus qui ont été jugés dignes de protection pénale. L'exemple est à la mode: c'est l'environnement.

Evidemment le droit pénal ne peut pas exiger des impossibles, des attitudes héroïques. Cependant celui qui doit agir, doit pouvoir réellement le faire. Il doit être capable de le faire de manière efficace, idoine, appropriée.

C. Commission par omission

Le **Code Pénal suisse** ne dit rien de spécifique par rapport à ces délits. Il n'y a pas une disposition spéciale comme l'art. 13 du StGb allemand. Ces dispositions, dont on trouve aussi d'autres exemples dans le **Droit comparé** disent, à grands traits, que «la conduite de celui qui a le devoir d'éviter un résultat nuisible et ne l'évite pas équivaut à l'avoir produit». Le **Code pénal français** de 1992 catégoriquement n'a pas voulu les inclure. Désormais, il a renforcé, endurci, la répression de l'omission de secours.

Les travaux de réforme du Code Pénal suisse contiennent des dispositions spécifiques.

Selon la doctrine et la jurisprudence suisses, l'action et l'omission peuvent avoir la même valeur. On pourrait dire que les deux constituent un **comportement humain**, une action pénale, le premier élément structurel du délit.

C'est ainsi que - et par principe - tout délit peut être commis par action ou bien par omission.

Ce sont les délits de **commission par omission** aussi dénommés délits d'**omission impropre**. Ici on ne trouve plus un mandat générique d'agir en un certain sens, il s'agit d'un **mandat à une personne concrète**. Cette conduite ne peut pas être accomplie par n'importe qui, excepté par celui qui a l'obligation d'éviter le résultat non voulu.

Donc le problème qui se pose maintenant est de déterminer **qui est cette personne**. C'est ainsi qu'on fait recours à la **théorie du garant**. La source de cette obligation concrète d'agir peut être la loi, le contrat, ou les faits

⁴ Voir Art. 128 CPS.

proprement dits. Ainsi, celui qui a produit un risque est obligé à empêcher qu'il se concrète en un dommage ou lésion. Cette idée est soutenue par la théorie de l'**action précédente**. Ou bien celui qui se mêle dans l'action d'un autre, dans un même cours causal, d'après la théorie dite de l'**ingérence ou de l'intervention**. C'est aussi le cas de celui qui a le contrôle de la **source de danger**, ou de celui qui est le plus proche d'elle. On verra son application plus tard.

Quels sont les problèmes que pose l'omission (en général).

Selon le **principe de légalité** tout délit devrait avoir un supposé de fait omissif⁵.

S'agit-il de **punir la pensée**? On dit normalement qu'un des caractères du Droit Pénal est de s'occuper des actes externes. Punir la pensée est un acte arbitraire, totalitaire, essentiellement subjectif. De plus, nos Constitutions précisément garantissent la **liberté de pensée**.

D'autre part, on dit que l'omission ne peut rien produire: **ex nihilo nihil fit**. Il n'y a pas de causalité possible.

Comment doit-on punir l'omission? De la même façon que l'action, ou d'une façon plus souple?

Les délits d'omission admettent **la tentative**? Comment peut-on fixer le moment du commencement de l'action quand il s'agit d'une omission?

Qui a omis la conduite attendue? En fait tout le monde omet, même nous qui sommes ici par rapport aux délits qui se produisent en ce moment quelque part.

En outre, nous pouvons nous demander si **on peut parler de faute** par rapport à ces délits. Peut-on commettre un délit d'omission par imprudence, par négligence, ou bien doivent-ils être intentionnels⁶. Par exemple, la négligence est une hypothèse de manque d'action due. On dit que c'est un **faire en moins**. Alors, le Droit Pénal punit ce qu'il fait ou ce qu'il ne fait pas? Par exemple si quelqu'un ne fait pas attention lorsqu'il **manipule des explosifs**.

De même on peut se demander s'il peut y avoir **une action et une omission à la fois**.

Différentes doctrines ont essayé d'expliquer pourquoi doit-on punir l'omission impropre.

Les **causalités**, ont soutenu que l'omission d'une conduite qui aurait pu éviter le résultat nuisible, est identique -du point de vue de la causalité- à produire ce

⁵ Voir art. 11 CPS.

⁶ Voir art 117 CPS: Homicide par négligence: Celui qui, par négligence, aura causé la mort d'une personne sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

résultat par une conduite active. Les deux modalités sont pourtant, équivalentes.

D'autres auteurs affirment que la punition n'est pas due par la conduite omise mais pour **effectuer une autre**. Par exemple, celui qui provoque un accident et laisse la victime abandonnée doit être puni par sa fuite et non pas par l'abandon⁷. Ainsi BELING et RADBRUCH disaient que toute omission suppose une contention des nerfs moteurs. Il y a alors une conduite active.

BINDING et VON BURI fondent la punition de l'omission sur **une causalité indirecte**. L'omission ne cause que les conditions pour que le résultat se produise.

D'autres soutiennent que l'omission d'une action doit être punie **parce qu'elle était attendue**. Ceci pose le problème de savoir qui est-ce qui doit attendre cette action: la victime, la société, le législateur. En plus, toujours on devra se demander s'il était vraiment possible d'agir pour l'imputé.

Qui est celui qui omet vraiment?

Nous avons déjà vu que les délits d'omission pure sont un mandat pour des personnes indéterminées. Par contre, on a aussi dit que les délits d'omission impropre contiennent un mandat pour une certaine personne. Qui est cette personne? Comment peut-on la déterminer?

Les allemands, surtout à partir de NAGLER (1938), ont créé la **doctrine du garant**. C'est la notion de garantie qui va permettre de résoudre ces problèmes. Le responsable sera celui qui avait le devoir d'éviter le résultat nuisible, le dommage.

Le Droit Pénal doit éviter d'accabler les citoyens avec des devoirs de surveillance ou de protection. Sinon nous serions tous des gendarmes. Mais on peut prévoir **un certain domaine** où la surveillance peut être exigée: le domaine de la vie, de l'intégrité physique, de la liberté, et aussi –pour les allemands- le patrimoine. Ces devoirs sont un renfort de protection spéciale.

On peut poser un exemple traditionnel de la doctrine allemande. Un petit enfant se noie dans la piscine entourée d'invités à une fête. Y a-t-il un responsable de cette mort? Tout d'abord il faut examiner les personnes qui étaient présentes. Les parents, les invités, un surveillant de plage qui avait été spécialement engagé, la baby-sitter, un agent de police, etc.

La loi oblige spécialement les parents par rapport à leurs enfants. Egalement pour l'agent de police. Sans doute, le contrat oblige aussi la baby-sitter. Cependant, celui qui devait empêcher ce **risque spécifique** était le surveillant

⁷ Le CP s prévoit l'omission de secours à la suite de la provocation de la lésion.

de la piscine, lui aussi, à travers d'un contrat. C'est lui qui sera responsable pénalement de la mort du petit.

D'après les doctrines ci-dessus mentionnées, ce surveillant avait aussi le contrôle de la source du risque. Il sait nager, il est un professionnel, il devait être attentif, il aurait pu –effectivement- empêcher la mort, mais il était distrait.

Omission par Commission?

On peut aussi compliquer les choses et découvrir encore une catégorie. Ce sont les délits d'omission par commission. Ce sont des hypothèses d'**interruption d'un acte de sauvetage**. Par exemple celui qui détruit, éloigne ou enlève la buée qui allait être atteinte par celui qui était en train de se noyer. En réalité il y a une action, c'est pourquoi on parle de commission. L'empêchement de sauver quelqu'un est aussi une omission.

Nous avons maintenant les outils théoriques pour pouvoir faire face au problème de l'euthanasie.

L'euthanasie

Tout d'abord une précision terminologique. Qu'est-ce que l'euthanasie? Du point de vue **étymologique** veut dire «bonne mort». Qui ne veut pas une bonne mort, pour soi et aussi pour les autres? Une mort en paix, avec la conscience tranquille, sans souffrance physique ni morale, accompagné des personnes qu'on aime et qui nous aiment.

Mais on emploie surtout la notion d'euthanasie dans un autre sens: provoquer la mort d'un malade par pitié, pour lui procurer une mort digne. Evidemment nous voulons tous mourir de la façon la plus digne possible. Mais que veut-il dire une «mort digne»?

La première condition est de respecter la vie d'autrui en ne provoquant jamais la mort directement. Pour nous, les pénalistes, la vie humaine est une limite infranchissable. En fait, on essaye -tant que possible- de réduire les exceptions que nous connaissons, comme la peine de mort, la guerre. On limite de façon très précise, à travers la loi, comme vous le savez, la légitime défense et l'état de nécessité. C'est pour cette raison qu'on essaye aussi d'empêcher d'autres exceptions comme l'avortement, l'eugénisme et l'euthanasie.

Le patient en **situation terminale** pose le problème de l'euthanasie. Il faut tout d'abord éclairer cette notion. Une maladie terminale n'est pas nécessairement une maladie qui provoquera la mort *immédiatement*. C'est plutôt, une maladie qui très probablement sera la cause de la mort du malade, en un certain délai, un an ou même plus. C'est pour cette raison que les Directives de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (2004) font la distinction et utilisent plutôt l'expression «**patients en fin de vie**» car chez

eux les signes cliniques indiquent –déjà- que leurs fonctions vitales deviennent insuffisantes (ad 1).

D'après ce qu'on vient d'exposer par rapport aux délits d'omission, l'euthanasie a un intérêt spécial en ce qui concerne la conduite des médecins et du personnel auxiliaire.

Parfois les médecins se trouvent devant la **difficile situation** de devoir décider entre insister avec certains traitements ou bien ne pas les entreprendre. Dans cette dernière situation ils pourraient être accusés d'**omission de secours** ou bien, s'il se produit la mort ou une lésion -comme il a la position de garant à cause du contrat d'assistance médicale- la **commission par omission** d'un de ces deux délits.

D'un autre côté, si le traitement initié s'avère inutile et pourtant a signifié des souffrances, on peut les accuser d'**acharnement thérapeutique**, une modalité du délit de lésions, ou même d'avoir provoqué la mort, selon le cas.

Ceci dit, on voit donc, le médecin entre Scylla et Caribdis. Que peut-il faire dans cette situation?

Evidemment, la première chose c'est **soulager** les souffrances du patient ainsi que donner un soutien à ses proches.

Cette réponse élémentaire pose le problème des substances **antalgiques**, lénitives, des drogues anesthésiques ou analgésiques qui, employées dans certaines doses, peuvent être directement mortelles, mais aussi en doses normales, indirectement mortelles. En effet, ces drogues puissantes contre la douleur atteignent le système nerveux central et peuvent empêcher des fonctions vitales, comme la respiration.

Si les médecins doivent employer ces drogues, ils ne doivent jamais chercher directement la mort du patient pour se débarrasser de lui –ou pour débarrasser à sa famille de lui. Ils doivent chercher soulager la douleur bien qu'en une certaine mesure ces médicaments puissent raccourcir la vie (**principe du double effet** ou du volontaire indirect). Grâce à la pharmacologie, les médecins savent bien s'il s'agit d'un poison ou d'un analgésique voir un sédatif.

Evidemment si le médecin donne une **pique venimeuse** au patient il sera poursuivi par homicide par commission active.

La question est plus problématique encore s'il s'agit d'**interrompre un traitement** en cours. Débrancher les appareils qui maintiennent le patient en vie est une action ou une omission? Cesser une activité est pour la jurisprudence une action, tandis que ne pas l'entreprendre est une omission. Voilà la situation que pose le patient qui n'est pas réanimé.

La «Déclaration *Iura et Bona* sur l'Euthanasie» de la Congrégation pour la Doctrine de la Foi, de 1980, a développé le critère **des moyens ordinaires et**

extraordinaires déjà exposé par Pie XII. Ce document fait appel à la notion de *moyens proportionnés et disproportionnés*. Les membres de la famille du patient ne sont pas obligés d'employer des moyens qui ne permettent pas d'attendre un résultat raisonnablement positif pour le patient selon la **relation** risque (ou dommages) envers le bénéfice attendu. Ainsi une famille ne doit pas se soumettre à la misère en vendant tout ce qu'elle possède pour essayer un traitement très cher qui ne donne qu'un maigre espoir de survie au grand-père malade. Il faut aussi **soulager la conscience** des membres de la famille en leur expliquant ces critères, car elles souffrent beaucoup.

Finalement, j'aborderai un sujet polémique: **la mort à la demande** de la victime et l'assistance au suicide.

A mon avis, la vie humaine est indisponible même pour son titulaire. On n'a pas une vie, **on est un vivant**.

D'admettre le droit à se tuer ou admettre la mort à demande, les conséquences seraient très graves. Les personnes âgées, les handicapés, et surtout ceux qui pour différentes raisons pourraient se sentir une charge pour sa famille ou pour la société, se sentiraient **opprimés, forcés** à prendre une résolution de ce genre. Face à l'exemple de ceux à qui on aurait appliqué l'euthanasie active, volontairement, ils pourraient aussi penser qu'ils ont l'**obligation morale** de demander –eux aussi- d'être tués pour ne plus être une charge.

Ce serait introduire dans les **relations humaines** encore un élément en faveur de la domination injuste des plus forts et du méprisement de ceux qui ont plus besoin de soins : des plus faibles.

Personne ne doit être incité à penser, sous aucun prétexte, qu'il est moins digne que les autres. L'attention soignée **des plus faibles** c'est précisément ce que dignifie aux plus forts et suppose le vrai progrès moral et social.

Le médecin ne peut pas ajouter à la souffrance du patient, la souffrance morale de la solitude, l'incertitude et la méfiance.

Parfois la demande du patient n'est pas lui donner la mort en vue du suicide, mais surtout ne pas faire souffrir les siens. Il veut spécialement sortir de l'incertitude quand on lui cache la réalité, il veut aussi sortir de la dépression et l'angoisse, et surtout très souvent, finir avec la solitude à laquelle on le soumet. C'est pour cette raison que les allemands ont adopté une expression qui est très juste car elle traduit très bien ces sentiments: "**Suizidreklam**"; le suicide qui réclame assistance pour pouvoir s'en tirer de cette situation,

Dans le désespoir on peut vouloir et demander n'importe quoi.

La diffusion de l'exemple de ceux qui demandent la mort et des médecins qui mettent fin à la vie de ses patients, provoquerait la méfiance et la peur des malades, des personnes âgées ou handicapées. Ceci introduirait une lésion dangereuse dans les relations sociales entre les plus faibles et les plus jeunes et

forts au sein de la **famille** et entre les malades et les médecins dans le **milieu hospitalier**.

Droit au suicide?

Le suicide est une conduite antinaturelle. D'ailleurs, il va directement contre l'**instinct de survie**. La maladie et la souffrance doivent être soignées: on ne peut pas penser à les éliminer en supprimant le malade.

En réalité c'est un symptôme d'une cause beaucoup plus profonde qu'il faut découvrir et en faire face, surtout à travers les soins palliatifs.

Aussi bien le médecin peut opposer son **objection de conscience** pour ne pas faire ce qu'il croit qui n'est pas correct⁸.

⁸ L'assistance au suicide ne faisant pas partie de l'activité médicale selon les directives médico-éthiques de l'ASSM, "*Prise en charge des patients en fin de vie*", n. 4.1. Voir arts. 114-115 CPS.

Livre deuxième

Dispositions spéciales

Titre premier

Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle

Art. 111

1. Homicide.

Meurtre

Celui qui aura intentionnellement tué une personne sera puni de la réclusion pour cinq ans au moins, en tant que les conditions prévues aux articles suivants ne seront pas réalisées.

Art. 112

Assassinat

Si le délinquant a tué avec une absence particulière de scrupules, notamment si son mobile, son but ou sa façon d'agir est particulièrement odieux, il sera puni de la réclusion à vie ou de la réclusion pour dix ans au moins.

Art. 113

Meurtre passionnel

Si le délinquant a tué alors qu'il était en proie à une émotion violente que les

circonstances rendaient excusable, ou qu'il était au moment de l'acte dans un état de profond désarroi, il sera puni de la réclusion pour dix ans au plus ou de l'emprisonnement pour un à cinq ans.

Art. 114

Meurtre sur la demande de la victime

Celui qui, cédant à un mobile honorable, notamment à la pitié, aura donné la mort à une personne sur la demande sérieuse et instante de celle-ci sera puni de l'emprisonnement.

Art. 115

Incitation et assistance au suicide

Celui qui, poussé par **un mobile égoïste**, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

Art. 117

Homicide par négligence

Celui qui, par négligence, aura causé la mort d'une personne sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Art. 118

2. Interruption de grossesse.

Interruption de grossesse punissable

- 1 Celui qui interrompt la grossesse d'une femme avec son consentement, ou encore l'instigue ou l'aide à interrompre sa grossesse sans que les conditions fixées à l'art. 119 soient remplies sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.
- 2 Celui qui interrompt la grossesse d'une femme sans son consentement sera puni de la réclusion pour dix ans au plus.
- 3 La femme qui interrompt sa grossesse, la fait interrompre ou participe à l'interruption d'une quelconque façon après la douzième semaine suivant le début des dernières règles, sans que les conditions fixées à l'art. 119, al. 1, soient remplies, sera punie de l'emprisonnement ou de l'amende.
- 4 Les actions pénales visées aux al. 1 et 3 se prescrivent par trois ans.6

Art. 119

Interruption de grossesse non punissable

- 1 L'interruption de grossesse n'est pas punissable si un avis médical démontre qu'elle est nécessaire pour écarter le danger **d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou d'un état de détresse profonde de la femme enceinte**. Le danger devra être d'autant plus grave que la grossesse est avancée.
- 2 L'interruption de grossesse n'est pas non plus punissable si, sur demande écrite de la femme qui invoque qu'elle se trouve en **situation de détresse**, elle est pratiquée au cours des douze semaines suivant le début des dernières règles par un médecin habilité à exercer sa profession. Le médecin doit au préalable s'entretenir lui-même de manière approfondie avec la femme enceinte et la **conseiller**.
- 3 Le consentement du représentant légal de la femme enceinte est requis si elle est incapable de discernement.
- 4 Le canton désigne les cabinets et les établissements hospitaliers qui remplissent les conditions nécessaires à la pratique de l'interruption de grossesse dans les règles de l'art et au **conseil approfondi** de la femme enceinte.
- 5 A des fins statistiques, toute interruption de grossesse doit être annoncée à l'autorité de santé publique compétente; **l'anonymat de la femme** concernée est garanti et le secret médical doit être respecté.

Art. 122

3. Lésions corporelles.

Lésions corporelles graves

Celui qui, intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger,
celui qui, intentionnellement, aura mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanentes, ou aura défiguré une personne d'une façon grave et permanente,
celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte

grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale,
sera puni de la réclusion pour dix ans au plus ou de l'emprisonnement pour six
mois à cinq ans.

Art. 123

Lésions corporelles simples

1 Celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne une autre atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement.

Dans les cas de peu de gravité, le juge pourra atténuer librement la peine (art. 66).

2 La peine sera l'emprisonnement et la poursuite aura lieu d'office,

si le délinquant a fait usage du poison, d'une arme ou d'un objet dangereux, s'il s'en est pris à une personne hors d'état de se défendre ou à une personne, notamment à un enfant, dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller.

Art. 125

Lésions corporelles par négligence

1 Celui qui, par négligence, aura fait subir à une personne une atteinte à l'intégrité corporelle ou à la santé sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

2 Si la lésion est grave le délinquant sera poursuivi d'office.

Art. 126

Voies de fait

1 Celui qui se sera livré sur une personne à des voies de fait qui n'auront causé ni lésion corporelle ni atteinte à la santé sera, sur plainte, puni des arrêts ou de l'amende.

2 La poursuite aura lieu d'office si le délinquant a agi à réitérées reprises contre une personne, notamment contre un enfant, dont il avait la garde ou sur laquelle il avait le devoir de veiller.13

Art. 127

4. Mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui.

Exposition

Celui qui, ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, ou l'aura abandonnée en un tel danger, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.

Art. 128

Omission de prêter secours

Celui qui n'aura pas prêté secours à une **personne qu'il a blessée** ou à une personne en **danger de mort imminent**, alors que l'on pouvait raisonnablement l'exiger de lui, étant donné les circonstances, celui qui aura empêché un tiers de prêter secours ou l'aura entravé dans l'accomplissement de ce devoir, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Art. 129

Mise en danger de la vie d'autrui

Celui qui, sans scrupules, aura mis autrui en danger de mort imminent sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement.