

Dr. Luc Gonin

Assistance au suicide et droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)

Quelques réflexions pratiques et sur la théorie juridique suite à l'arrêt Gross c. Suisse de la Cour européenne des droits de l'homme

Cet article examine les relations entre assistance au suicide et « droit à la vie privée » (art. 8 CEDH). Il fait suite à l'arrêt Gross c. Suisse de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 mai 2013 qui porte exactement sur cette question. Après une brève présentation du jugement, cette contribution s'arrête sur la portée du droit à la vie privée, sur l'argumentation retenue par la CourEDH, sur les conséquences concrètes de la décision rendue et sur les interactions entre démocratie, pouvoir constituant et pouvoir prétorien. Cet article ne pourra s'empêcher de mettre en lumière certaines faiblesses argumentatives de l'arrêt examiné.

Domaine(s) juridique(s) : Droits de l'Homme ; Droit de la santé ; Philosophie du droit. Théorie du droit. Sociologie du droit ; Droit international public ; Commentaires d'arrêts

Proposition de citation : Luc Gonin, Assistance au suicide et droit à la vie privée et familiale (art. 8 CEDH), in : Jusletter 8 juillet 2013

Table des matières

Introduction

- I. L'arrêt *Gross c. Suisse*
 - A. Les faits
 - B. La décision
- II. Quelques réflexions pratiques et sur la théorie juridique
 - A. Portée du droit à la vie privée
 - B. La question de l'absence de directives en matière de fin de vie
 - C. (Im)pertinence de la notion d'angoisse
 - D. Conséquences de l'arrêt
 - E. Démocratie, pouvoir constituant et *Gross c. Suisse*

Introduction

[Rz 1] Depuis quelques décennies et que les hommes vivent de plus en plus longtemps, la problématique de l'assistance au suicide gagne en importance en Occident et, notamment, en Suisse¹. C'est cette thématique qui se trouve aussi au centre de l'arrêt *Gross c. Suisse*² rendu le 14 mai 2013 par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH). Cette décision donne en particulier l'occasion de faire quelques réflexions quant aux interactions entre assistance au suicide et droit au respect de la vie privée et familiale tel que garanti par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)³, puisque Strasbourg a tranché ce litige sur la base de cet article. Elle permet aussi de réfléchir plus généralement à la théorie juridique, voire à la théorie générale du droit.

[Rz 2] Nous nous proposons donc de présenter brièvement l'arrêt retenu dans un premier temps (I.), avant de soumettre au lecteur, dans un deuxième temps, quelques pensées quant à la décision rendue et à ses implications théoriques et légales. Nous nous arrêterons spécifiquement sur la question de la portée du droit au respect de la vie privée (II.A), sur l'affirmation de l'absence de base légale suffisante en matière d'assistance au suicide (II.B), sur la pertinence du recours, par la CourEDH, au terme d'angoisse (II.C), sur les conséquences concrètes de l'arrêt (II.D) et, enfin, sur les interactions entre démocratie, pouvoir constituant et l'arrêt à la source de cette contribution (II.E). Ce dernier sous-chapitre fera également office de conclusion.

I. L'arrêt *Gross c. Suisse*

A. Les faits

[Rz 3] Le litige concerne Mme Alda Gross, une Suisse née en 1931 et habitant à Greifensee. Cette dernière aspire à

mourir parce qu'elle se sent de plus en plus fragile et constate une diminution de ses capacités au fil des ans⁴. Mme Gross a aussi commis une tentative de suicide qui a, manifestement, échoué en 2005⁵. Dans sa volonté suicidaire, la requérante contacte au total quatre médecins qui refusent tous de lui remettre une dose mortelle de pentobarbital sodique, avançant fréquemment, et notamment, que Mme Gross ne souffre d'aucune pathologie clinique et qu'elle ne remplit par conséquent pas les conditions prévues par les Directives médico-éthiques de prise en charge des patientes et patients en fin de vie du 25 novembre 2004 de l'Académie suisse des sciences médicales (ci-après : Directives médico-éthiques de l'ASSM)⁶ pour la prescription d'une telle drogue létale⁷.

[Rz 4] Déçue, Mme Gross se tourne vers les autorités du canton de Zurich, plus précisément vers la Direction cantonale de la santé afin d'obtenir une dose létale de pentobarbital sodique, arguant qu'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle de continuer à chercher un médecin prêt à lui prescrire la substance foudroyante⁸. Elle n'a pas plus de succès auprès desdites autorités que chez les professionnels de la santé, la Direction cantonale contactée précisant que ni la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (ci-après : Cst.)⁹, ni l'art. 8 CEDH n'oblige l'Etat à « fournir à une personne qui désire mourir les moyens de se suicider de son choix »¹⁰.

[Rz 5] Malgré sa fragilité, la requérante s'en va sur le long chemin judiciaire mais n'obtient gain de cause ni devant les tribunaux cantonaux, ni devant le Tribunal fédéral, dernière instance nationale, qui statue le 12 avril 2010¹¹. La Haute Cour est en particulier d'avis qu'il n'existe pas d'obligation positive d'un Etat de garantir l'accès à un individu à une drogue potentiellement mortelle, que l'obligation d'ordonnance médicale pour de telles substances est justifiée par divers intérêts publics, comme la prévention d'abus dans le domaine, et qu'il revient avant tout au pouvoir législatif de déterminer le cadre légal entourant des problématiques aussi sensibles que l'assistance au suicide eu égard à leur teneur éthique et morale¹². Enfin, le Tribunal fédéral est d'opinion que la requérante ne remplit d'aucune façon les conditions fixées par les Directives médico-éthiques de l'ASSM précitées afin d'obtenir, exceptionnellement, la substance désirée¹³. C'est

¹ Pour une introduction générale, voir par exemple l'ouvrage suivant : *Il n'y a pas de mort naturelle : état des lieux sur le suicide assisté*, Sainte-Croix 2010, ouvrage collectif publié sous la dir. de MAILLEFER.

² Arrêt de la CourEDH 67810/10 dans l'affaire *Gross c. Suisse* du 14 mai 2013.

³ RS 0.101.

⁴ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 7 et ss.

⁵ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 8.

⁶ Voir en part. chap. 4.1 desdites Directives.

⁷ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 11.

⁸ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 12.

⁹ RS 101.

¹⁰ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 13 (traduction libre).

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_9/2010 du 12 avril 2010.

¹² Arrêt du Tribunal fédéral 2C_9/2010 (note 11), resp. consid. 2.1., 2.2. et 2.3 ; voir également ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 18–20.

¹³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_9/2010 (note 11), consid. 3.1 ; ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 21.

donc sur la base de ces faits que la CourEDH doit trancher le litige opposant la requérante à la Confédération.

B. La décision

[Rz 6] Nous l'avons dit, la CourEDH tranche le litige sur la base de l'art. 8 CEDH. Pour rappel, ce dernier, qui protège entre autres le droit au respect de la vie privée et familiale, se lit comme suit : « (1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. (2) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[Rz 7] Dans une décision adoptée à quatre voix contre trois¹⁴, Strasbourg rappelle dans un premier temps qu'il convient de faire une interprétation large de cette disposition conventionnelle, celle-ci comprenant notamment dans son champ d'application le droit à l'autonomie personnelle et au développement personnel¹⁵. De même, la CourEDH avance que le droit pour un individu de décider comment et à quel moment sa vie doit connaître un terme constitue l'un des aspects du droit au respect de la vie privée tel que consacré à l'art. 8 CEDH¹⁶. On peut donc affirmer qu'en l'espèce le principal tribunal de la région européenne en matière de droits de l'homme recourt à une interprétation particulièrement dynamique du texte conventionnel¹⁷. Toutefois, les magistrats siégeant à Strasbourg vont plus loin puisqu'ils affirment *expressis verbis* que : « La Cour considère que le désir de la requérante d'obtenir une dose de pentobarbital sodique lui permettant de se suicider tombe dans le champ d'application de son droit au respect de sa vie privée au sens de l'art. 8 CEDH »¹⁸.

[Rz 8] De plus, ils indiquent au lecteur oublieux qu'il peut exister des obligations positives contraignant un Etat à prendre des mesures pour garantir un respect effectif de la vie privée¹⁹. Il en découle donc, toujours selon Strasbourg, qu'on ne saurait exclure qu'il puisse y avoir une obligation positive,

pour une puissance publique, de prendre les mesures nécessaires pour permettre un suicide digne²⁰.

[Rz 9] Toutefois, dans le cas d'espèce, la CourEDH construit son raisonnement autour d'une autre problématique, celle de savoir s'il existe des lignes directrices suffisantes (*sufficient guidelines*) définissant si, et, dans l'affirmative, à quelles conditions, des médecins sont en droit de prescrire la substance mortelle à des personnes se trouvant dans la situation de la requérante, ou dans une condition physique et psychique similaire²¹.

[Rz 10] Après avoir exclu que les Directives médico-éthiques de l'ASSM s'appliquent à Mme Gross, cette dernière ne souffrant d'aucune pathologie grave, les magistrats régionaux indiquent que l'absence de réglementation pour des personnes dans la situation de la requérante est de nature à refroidir les ardeurs de spécialistes de la santé potentiellement enclins à prescrire, sinon, le pentobarbital sodique²².

[Rz 11] La CourEDH affirme dans la foulée que : « (...) [L]'incertitude quant au résultat de sa demande dans un domaine concernant un aspect particulièrement important de sa vie doit avoir causé un degré considérable d'angoisse à la requérante »²³.

[Rz 12] Cette incertitude et cet « état d'angoisse » sont dus, selon Strasbourg, à l'absence de directives approuvées par l'Etat partie précisant les modalités selon lesquelles un médecin peut, ou non, rédiger une ordonnance pour une drogue létale à un patient nullement condamné d'un point de vue médical²⁴. Dans le même développement, la CourEDH met en exergue le fait que de potentielles difficultés pratiques pour parvenir à un consensus politique en la matière ne sont pas de nature à réduire à néant les obligations de l'Etat en l'espèce. Le tribunal conclut en conséquence à la violation de l'art. 8 CEDH parce que la Suisse n'a pas adopté de réglementation suffisamment claire définissant quand une personne en bonne santé est en droit, ou non, d'obtenir du pentobarbital sodique²⁵.

[Rz 13] Précisons cependant que Strasbourg ne tranche pas

¹⁴ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), conclusion no 2.

¹⁵ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 58.

¹⁶ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 59. Voir également Arrêt de la CourEDH 31322/07 dans l'affaire *Haas c. Suisse* du 20 janvier 2011, § 51 et Arrêt de la CourEDH 497/09 dans l'affaire *Koch c. Allemagne*, du 19 juillet 2012, § 52.

¹⁷ Pour d'autres exemples d'interprétation dynamique de l'art. 8 CEDH, voir par exemple CHIARIELLO E., *Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte*, Zurich/Saint-Gall 2009, p. 233ss.

¹⁸ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 60 (traduction libre).

¹⁹ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 62.

²⁰ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 63 et *Haas c. Suisse* (note 16). En effet, dans cet arrêt *Haas*, la CourEDH adopte une position somme toute peu claire puisqu'elle affirme dans un premier temps que : « (...) [I]l convient d'examiner la demande du requérant visant à l'obtention d'un accès au pentobarbital sodique sans ordonnance médicale sous l'angle d'une obligation positive pour l'Etat de prendre les mesures nécessaires permettant un suicide dans la dignité » (§ 53), indiquant cependant ultérieurement que : « (...) [M]ême à supposer que les Etats aient une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'ont pas méconnu cette obligation en l'espèce » (§ 61).

²¹ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 63.

²² ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 65.

²³ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 66 (traduction libre).

²⁴ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 66.

²⁵ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 67.

la question de savoir si Mme Gross aurait dû, dans le cas d'espèce, obtenir la dose mortelle espérée²⁶. La CourEDH n'examine par ailleurs pas d'autres violations de la CEDH, estimant que le recours est manifestement mal-fondé en la matière²⁷. Elle n'alloue, enfin, ni dommages, ni frais et dépens à la requérante²⁸.

II. Quelques réflexions pratiques et sur la théorie juridique

A. Portée du droit à la vie privée

[Rz 14] Toute disposition, légale, constitutionnelle ou conventionnelle, doit être interprétée²⁹. Dans la tradition continentale, cela découle de la nature même du droit, puisque ce dernier recourt fréquemment à la langue écrite. Les droits de l'homme, à l'instar de l'art. 8 CEDH, n'échappent pas à cette affirmation, bien au contraire, eu égard à leur nature souvent particulièrement vague³⁰.

[Rz 15] En l'occurrence, la CourEDH doit déterminer plus précisément la notion de vie privée. Celle-ci comprend, de façon générale, « l'identité, le respect de la sphère intime et secrète, l'honneur et le réputation d'une personne », de même que « ses relations avec les autres »³¹. Nous l'avons vu, la CourEDH fait pourtant une interprétation bien plus large de cette vie privée puisqu'elle avance entre autres que le droit pour un individu de décider comment et à quel moment sa vie doit connaître un terme est compris dans cette expression et que « *le désir (...) d'obtenir une dose de pentobarbital sodique lui [= à la recourante] permettant de se suicider tombe dans le champ d'application* » de l'art. 8 CEDH³². Strasbourg précise encore qu'on ne saurait exclure qu'il puisse exister une obligation positive, pour une puissance publique, de prendre les mesures nécessaires pour permettre un suicide digne³³.

[Rz 16] Sans entrer ici en détail sur les méthodes d'interprétation de cette disposition, relevant formellement du droit international public mais que certains estiment de portée constitutionnelle³⁴, nous aimerions toutefois rappeler

qu'une disposition doit en premier lieu s'interpréter selon sa lettre³⁵. En effet, dans un système juridique écrit, c'est elle qui est à l'origine de l'obligation légale, et c'est elle aussi qui a fait l'objet d'un consensus entre les Etats parties à l'heure de son adoption. Tout autre point de départ, s'il devait être généralisé, ferait du droit une science hautement improbable qui risquerait de subir plus qu'à son tour moqueries et quolibets, ce que l'on ne peut lui souhaiter eu égard à son rôle pacificateur des relations, notamment, internationales.

[Rz 17] En l'occurrence, l'art. 8 CEDH traite de respect de la vie, et plus spécifiquement de respect de la vie privée. Il s'agit donc, pour lui, d'éviter en particulier que l'autorité n'espionne un individu et ses activités privées, comme aux plus sombres heures de la Stasi. Ainsi, la maison, la chambre à coucher ou les discussions qui naissent dans la demeure d'une personne ne sauraient, de façon générale, faire l'objet d'un contrôle étatique³⁶. A notre sens, faire tomber dans l'expression « respect de la vie privée » le *droit* de décider quand et comment se mettre le tour s'éloigne déjà du « sens ordinaire à attribuer aux termes du traité » selon le principe de la bonne foi³⁷. Avancer, au surplus, que le *désir* d'une personne d'obtenir une forme de médicament spécifique, pour mettre fin à ses jours, est compris dans la formulation « respect de la vie privée » forme, à notre avis, une assertion audacieuse. En effet, une telle affirmation fait courir le risque concret de gaver l'expression « respect de la vie privée » avec tant de significations, et d'états de fait, qu'elle n'aura plus, à terme, ni queue ni tête. Ainsi, quel est le lien intrinsèque entre le désir spécifique de pentobarbital sodique et le respect de la vie privée d'un individu ? Ce respect n'est-il pas dirigé, avant tout, contre l'œil de Moscou, et sa main potentiellement malfaisante ? Toutefois, pour nous, c'est l'affirmation selon laquelle on ne peut pas exclure l'obligation, pour l'Etat, de prendre des mesures positives pour garantir un suicide digne qui est la plus surprenante, si l'on réfléchit au sens ordinaire de la formulation « respect de la vie privée »³⁸. Si l'on valide

international », voir par exemple HERTIG RANDALL M., *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives*, RDS 129 (2010) II/2, pp. 221-380, p. 242ss (avec divers renvois).

²⁶ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 68-69.

²⁷ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 70-71.

²⁸ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 73-76.

²⁹ A la place de bien d'autres, voir SCALIA A./GARNER B.A., *Reading Law – The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul 2012, p. 53ss (avec de nombreux renvois).

³⁰ Voir par exemple CHIARIELLO (note 17), p. 364ss.

³¹ MAHON P., *Art. 13 – Protection de la sphère privée*, in : AUBERT/MAHON (édit.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, pp. 123-131, p. 124 (no 5).

³² ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 60 (traduction libre).

³³ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 63 et *supra* I.B.

³⁴ Sur la problématique passionnante de la « constitutionnalisation du droit

³⁵ L'art. 31 al. 1^{er} de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (ci-après : Cvt. de Vienne) stipule en effet *expressis verbis* qu' : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité ». Cet article souligne uniquement dans un deuxième temps que cette interprétation doit être effectuée en tenant compte du « contexte » des termes employés et à la lumière de « l'objet » du traité « et de son but ». MAHON précise pour sa part de façon générale que « le point de départ [de toute interprétation] est l'analyse littérale du texte même de la norme » (MAHON P., *Droit constitutionnel I – Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 2^e édition, Neuchâtel 2010, p. 44).

³⁶ Pour une brève présentation de quelques situations tombant dans le champ d'application du respect de la vie privée, voir par exemple AUER A./MALINVERNI G./HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse (vol. II) – Les droits fondamentaux*, 2^e édition, Berne 2006, p. 186ss.

³⁷ Art. 31 al. 1^{er} de la Cvt. de Vienne.

³⁸ Sur la position encore peu claire de la CourEDH sur ce point, voir *supra* I.B

la teneur juridique de cette assertion, il devient impossible de connaître les limites concrètes de l'art. 8 CEDH, puisqu'il n'existe, à notre sens, plus aucun lien avec le « sens ordinaire » de la formulation retenue par l'art. 8 CEDH.

[Rz 18] Par ailleurs, soulignons ici que le droit doit être populaire, au sens qu'il doit être compris par le commun des mortels, sinon pourquoi ne pas y renoncer et retourner dans un système élitiste qui ramène l'individu à un laissé-pour-compte du système juridique³⁹ ? Il nous semble, dans cette perspective, que si l'on demande à cent personnes en Suisse, ou à cinq mille personnes dans la région européenne, si le « respect de la vie privée » comprend, selon le sens ordinaire de ces termes, l'obligation pour l'Etat de prendre les mesures nécessaires pour garantir un suicide digne à un individu, quoique ce dernier ne souffre d'aucune pathologie grave, une majorité ne parviendra très probablement pas à ce résultat. Si cette hypothèse devait s'avérer correcte, cela signifierait, effectivement, que le sens ordinaire des termes retenus pour l'art. 8 CEDH n'a pas été respecté dans l'arrêt *Gross c. Suisse* précité.

[Rz 19] Notre étonnement par rapport à la position retenue par la CourEDH dans cette affaire helvétique ne s'estompe pas, tant s'en faut, si l'on prend un peu de recul par rapport à la formulation elle-même afin de tenir compte de son environnement direct, comme nous y oblige l'art. 31 al. 1^{er} de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (ci-après : Cvt. de Vienne)⁴⁰. En effet, l'art. 8 CEDH consacre, également à son al. 1^{er}, le respect de la vie familiale⁴¹, de la correspondance d'un individu⁴² et de son domicile⁴³. Ces divers éléments n'incitent d'aucune façon à chercher du côté du suicide d'un individu, et encore moins du côté d'une obligation positive de l'Etat de garantir un suicide digne d'un père ou d'une mère de famille, mettant bien plus en lumière l'interdiction d'un Etat gendarme qui n'aurait que faire de la nature privée de la vie familiale d'un individu et de sa vie sociale qui s'épanouit, notamment, grâce à sa correspondance avec ses semblables.

[Rz 20] L'on peut également creuser du côté de l'objet et du but de la CEDH, comme nous y incite, toujours et encore, l'art. 31 al. 1^{er} de la Cvt. de Vienne. Cette convention n'est-elle pas là pour protéger l'homme contre les actions mortifères de la puissance publique plutôt que pour obliger l'Etat à des

actions concrètes permettant à ceux qui le veulent de mourir avant l'heure ? Ainsi, cette piste également ne diminue pas notre surprise par rapport au jugement rendu.

[Rz 21] Enfin, si l'on veut recourir à une interprétation historique de la CEDH, il nous paraîtrait au plus haut point surprenant si les rédacteurs de l'art. 8 CEDH, dans les années 1950, n'avaient même qu'envisagé que cet article pût être invoqué pour recevoir de l'Etat une mort « sûre » et sur « commande ». N'avaient-ils pas plutôt en tête les camps de l'Holocauste et l'horreur nazie qui n'avaient que faire du respect de la vie privée et familiale de millions d'hommes et de femmes⁴⁴ ? Ne craignaient-ils pas plutôt la Gestapo et les descentes de (pseudo-)police dans les appartements, les maisons et les abris de fortune d'individus et de familles toujours sur le qui-vive ? Ne voulaient-ils pas, au surplus, exclure la censure injustifiée de la correspondance de tout un chacun pour éviter des disparitions inexplicables et des destins plongés dans les caniveaux de l'Histoire avant l'heure parce qu'ils ne partageaient pas les conceptions politiques des dominants d'une époque déterminée ? Cette méthode d'interprétation, elle aussi, ne pointe donc d'aucune façon vers le pentobarbital sodique à l'heure d'interpréter le contenu exact de l'expression « respect de la vie privée »⁴⁵.

[Rz 22] L'examen préalable souligne, dès lors, combien la position adoptée par la CourEDH dans le cas *Gross c. Suisse* précité est discutable d'un point de vue juridique. Le choix même de faire tomber le droit de décider quand et comment mourir sous l'art. 8 CEDH est, au regard de diverses méthodes d'interprétation, délicat, pour ne pas dire plus. Celui consistant à intégrer dans les rangs des faits tombant dans le champ d'application de ladite norme le *désir* d'une personne d'obtenir une forme de médicament spécifique, afin de se donner le tour, n'est pas non plus aisément justifiable, tant s'en faut, si l'on recourt à différents canons d'interprétation. Enfin, toujours en regard des diverses règles interprétatives existantes, l'affirmation selon laquelle on ne saurait exclure qu'il puisse exister une obligation positive de l'Etat de garantir une mort digne dérivant de l'art. 8 CEDH est juridiquement extrêmement délicate. A notre sens et si l'on prend le droit au sérieux, elle est même erronée, malgré sa formulation ouverte, eu égard à l'examen des diverses méthodes d'interprétation présentées tout à l'heure.

B. La question de l'absence de directives en matière de fin de vie

[Rz 23] Dans l'affaire en cause, ce n'est pas seulement la portée juridique de l'expression « respect de la vie privée »

(avec divers renvois).

³⁹ Mettons en exergue ici qu'une telle solution serait diamétralement opposée aux droits fondamentaux et de l'homme et que nous ne souscrivons d'aucune façon à une telle évolution !

⁴⁰ Voir *supra* II.A.

⁴¹ Ce respect de la vie familiale protège notamment la famille contre les « ingérences arbitraires des pouvoirs publics » (AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 36), p. 192).

⁴² A ce sujet, voir par exemple MAHON P., *Droit constitutionnel II – Droits fondamentaux*, 2^e édition, Neuchâtel 2010, p. 75.

⁴³ Voir AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (note 36), p. 196.

⁴⁴ Sur les origines de la CEDH, voir par exemple CHIARIELLO (note 17), p. 212ss (avec divers renvois).

⁴⁵ Sur l'importance qui doit revenir à l'interprétation historique en matière de dispositions matériellement constitutionnelles, voir par exemple SCALIA/GARNER (note 29), p. 78ss. (avec de nombreux renvois).

qui prête à débat, mais aussi la problématique des directives en matière de fin de vie. La CourEDH affirme ainsi qu'en raison de l'absence de directives suffisamment claires précisant quand une personne en bonne santé est en droit, ou non, d'obtenir du pentobarbital sodique, il y a violation de l'art. 8 CEDH et du respect de la vie privée d'un individu⁴⁶. Pour rappel, la Suisse connaît uniquement pour l'heure des directives régissant le cas de personnes souffrant de pathologies aiguës ; celles-ci ne sont pas l'œuvre de l'Etat en tant que tel, mais de l'Académie suisse des sciences médicales⁴⁷. Cette problématique des directives se trouve donc, véritablement, au cœur de l'arrêt examiné.

[Rz 24] A notre sens, la critique de la CourEDH selon laquelle il y a absence de directives suffisamment précises approuvées par l'Etat, absence conduisant concrètement à la condamnation de la Suisse, est infondée⁴⁸. En effet, la réglementation en la matière est claire : l'accès au pentobarbital sodique est impossible pour une personne qui ne souffre pas d'une pathologie particulièrement sévère, le médicament étant soumis à ordonnance et un médecin ne pouvant prescrire une telle chimie létale uniquement dans des cas pathologiques extrêmement sévères et à certaines conditions spécifiques⁴⁹. Cette réglementation ne souffre d'aucune discussion quant à la clarté de sa formulation : il n'y a pas d'accès au pentobarbital sodique pour toute personne n'étant pas atteinte d'une pathologie particulièrement sévère et ne remplissant pas, de plus, les conditions prévues par les Directives médico-éthiques de l'ASSM, en particulier par leur chap. 4.1⁵⁰. Un accès à cette substance létale est donc uniquement possible – et il ne s'agit en conséquence pas d'un droit de l'individu – de façon exceptionnelle, lorsque la personne en question souffre d'une maladie incurable l'ayant menée aux portes de la mort et que les autres conditions prévues par lesdites Directives sont aussi remplies⁵¹. Cette situation constitue dès lors l'exception, très étroite, à l'interdiction générale d'accès au « médicament » mortel, exception qui est clairement régulée⁵². Cette réglementation a également été « approuvée » par la puissance publique puisqu'elle sert

de fondement majeur, notamment, à son arrêt de principe ATF 133 I 58, X. *gegen Gesundheitsdirektion und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bzw. X. gegen Eidgenössisches Departement des Innern*, du 3 novembre 2006 portant, lui aussi, sur la problématique de l'assistance au suicide⁵³.

[Rz 25] En conséquence, nous devons reconnaître que nous nous demandons comment des dieux du droit, siégeant sur l'Olympe alsacien, peuvent avancer que l'art. 8 CEDH a été violé en l'occurrence parce que la Suisse n'aurait pas adopté de directives suffisamment claires précisant quand une personne est en droit, ou non, d'obtenir du pentobarbital sodique⁵⁴. Cette affirmation est, d'un point de vue juridique, incorrecte eu égard au cadre légal en vigueur et aux Directives médico-éthiques de l'ASSM qui ont été reprises dans la jurisprudence nationale comme indiqué au préalable. L'on peut, de plus, se demander si une telle reprise était même nécessaire pour garantir leur approbation par la « Suisse officielle », ces Directives étant en mesure, selon la CourEDH elle-même, de « servir à déterminer l'obligation de diligence requise dans des procédures pénales ou dans des procédures concernant la responsabilité civile », assertion qui souligne que l'approbation par la Suisse de ladite réglementation avait déjà eu lieu et, simultanément, la nature quasi-légale de cette réglementation⁵⁵.

C. (Im)pertinence de la notion d'angoisse

[Rz 26] La CourEDH bâtit aussi sa maison sur le sable de l'angoisse. D'après l'arrêt examiné, Mme Gross aurait en effet subi une angoisse insupportable parce qu'elle n'aurait jamais su, face au médecin, si elle avait droit, ou non, à la dose souhaitée de pentobarbital sodique⁵⁶. A nos yeux, mais probablement un élément essentiel de cette affaire nous échappe-t-il, cette affirmation est, elle aussi, erronée. En l'occurrence, il est possible de recourir au syllogisme pour démontrer la nature boiteuse de l'argumentation prétorienne.

⁴⁶ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), not. § 67.

⁴⁷ Voir *supra* I.A.

⁴⁸ La CourEDH parle de « *State-approved guidelines* » (ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), not. § 66).

⁴⁹ Voir not. ATF 133 I 58 X. *gegen Gesundheitsdirektion und Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bzw. X. gegen Eidgenössisches Departement des Innern*, du 3 novembre 2006, not. consid. 6.3.4. Pour les dispositions légales pertinentes, voir not. ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 23–28.

⁵⁰ Voir également ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 32–33.

⁵¹ Chap. 4.1 des Directives médico-éthiques de l'ASSM.

⁵² Soulignons ici que si Strasbourg souhaitait imposer à l'ensemble des Etats de la région européenne une obligation de donner à des malades en phase terminale du pentobarbital sodique, ou une autre substance mortelle, l'on se trouverait dans une situation de potentiel conflit de droits de l'homme, un médecin pouvant avancer sa liberté de conscience (art. 9 CEDH) pour affirmer qu'il refuse de rédiger la prescription nécessaire à son acquisition.

⁵³ Voir not. ATF 133 I 58 (note 49), not. consid. 6.3.4.

⁵⁴ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 67. A notre sens, le résultat surprenant de la CourEDH se fonde notamment sur son affirmation, en filigrane, selon laquelle il existe un droit pour un individu d'obtenir une dose mortelle de la substance dont il est question en l'occurrence (voir en particulier la formulation très peu claire du § 67 de l'arrêt précité). Il est délicat, selon nous, d'affirmer qu'il existe pareil droit ; en effet, tout droit à l'obtention d'un médicament, devait-il exister, est soumis, nous semble-t-il, à la condition que ce dernier soit nécessaire pour traiter une pathologie et guérir. Une autre solution ne serait pas compatible avec l'obligation étatique de protéger la santé publique et donc d'éviter que des médicaments circulent dans la nature sans aucune forme de contrôle. Il n'y a donc, à nos yeux, pas de droit à obtenir une substance pour mourir, à moins de reconnaître le droit d'un individu de rejoindre le séjour des morts de la manière dont il le souhaite et avec le soutien obligatoire (obligation positive) de la puissance publique. Si telle est la solution souhaitée par la CourEDH, nous estimons qu'il serait judicieux qu'elle l'affirme explicitement pour clarifier le débat et, aussi, par souci de probité intellectuelle.

⁵⁵ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 32.

⁵⁶ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 66.

[Rz 27] Pour pouvoir éventuellement obtenir une dose mortelle du médicament souhaité, les Directives médico-éthiques de l'ASSM, largement reprises par la jurisprudence nationale⁵⁷, exigent l'existence, chez le patient, d'une pathologie clinique particulièrement sévère. Mme Gross ne souffre d'aucune pathologie spécifique, encore moins de pathologie clinique grave⁵⁸. Par conséquent, Mme Gross n'a pas droit à ce médicament.

[Rz 28] Dès lors, nous sommes obligés de nous demander où est l'angoisse ; où est la terreur ; où est l'effroi. En réalité, le résultat de la démarche de la requérante est connu d'avance, avec ou sans capacités intellectuelles en déclin, eu égard au cadre réglementaire en place en Suisse. Il s'ensuit que la maison jurisprudentielle bâtie par la CourEDH dans cet arrêt est condamnée à avoir une vie particulièrement brève, le sable de l'angoisse, servant à sa fondation, filant à très vive allure dès les premières pluies de l'automne.

D. Conséquences de l'arrêt

[Rz 29] Il convient également de mettre en exergue les conséquences concrètes de l'arrêt, si la Suisse devait décider de l'exécuter en raison de ses obligations juridiques⁵⁹. La conséquence principale serait qu'une réglementation approuvée par l'autorité politique devrait être adoptée dans le domaine de l'assistance au suicide de personnes ne souffrant pas d'une pathologie clinique particulièrement sévère et ne se trouvant, dès lors, pas aux portes de la mort⁶⁰. Il est passionnant de relever que ce mouvement réglementaire se fonde, uniquement, sur une obligation internationale née d'une décision judiciaire d'une simple Chambre de la CourEDH. Cette affirmation met en lumière quel est le souverain post-moderne pour une frange immense du droit contemporain et souligne par la même occasion combien la notion d'Etat moderne est, désormais, obsolète. Cette évolution théorique majeure n'intéressera probablement que le plus petit nombre, bien qu'elle remette en cause tout l'héritage de la Modernité et, surtout, qu'elle n'ait que faire de la théorie du pouvoir constituant qui a tant imprégné l'Occident depuis la chute de l'Ancien régime, compris au sens large du terme⁶¹.

[Rz 30] A notre sens, ce qu'il convient de relever autant que cette évolution théorique, c'est que la Suisse devrait, si elle exécute cet arrêt, adopter – ou en tout cas approuver – une réglementation précisant les conditions *permettant* à un médecin de prescrire du pentobarbital sodique à une personne en bonne santé dont l'horizon n'est encore, d'aucune façon, assombri par l'ombre de la grande Faucheuse. En d'autres termes, cet arrêt contraint l'Etat partie concerné à

réglementer, directement ou indirectement, quand une personne valide peut demander à rejoindre le séjour des morts avant l'heure avec la garantie que son action suicidaire sera couronnée d'un mortel succès et quand elle ne le peut pas. En réalité, cela signifie que la Suisse devrait légiférer et préciser quand une personne en bonne santé peut aller *ad patres* avec la bénédiction non pas de l'Eglise, mais de l'Etat, cet Etat offrant par le biais d'un médecin le sésame légal à la personne concernée.

[Rz 31] Il convient de préciser deux points en l'endroit. Premièrement, l'arrêt n'est pas clair sur la nature de la réglementation à adopter. Celle-ci doit-elle seulement permettre la prescription d'un médicament légal pour une personne en bonne santé, ou doit-elle obliger de prescrire ce médicament à certaines conditions ? En effet, le paragraphe 66 de l'arrêt précise qu'il faut à la Suisse approuver une réglementation « *définissant les circonstances dans lesquelles les médecins sont autorisés à rédiger une prescription médicale* » pour du pentobarbital sodique⁶². Le paragraphe suivant parle pour sa part, et de façon incohérente, de l'étendue du « *droit (...) d'obtenir une dose létale* » dudit médicament sur prescription médicale⁶³. Une telle incohérence pour un sujet si délicat d'un point de vue éthique est extrêmement regrettable et ne peut pas être excusée. En effet, que doit faire la Suisse concrètement ?

[Rz 32] Soulignons par ailleurs que si l'idée est seulement de permettre la prescription médicale à l'occasion, cela ne résoudra d'aucune façon la souffrance de Mme Gross, puisqu'elle sera toujours envahie d'angoisse et d'anxiété à l'heure d'aller voir un médecin, ignorant à chaque reprise si elle obtiendra ou non la prescription espérée. Si par contre l'idée est d'imposer à un médecin de prescrire le médicament en question sous certaines conditions à une personne en bonne santé, alors la CourEDH créera un droit à obtenir, avec la bénédiction de l'Etat, de quoi mourir sur la base d'une création jurisprudentielle particulièrement audacieuse fondée sur le droit au respect de la vie privée. En sus de n'avoir que faire de la séparation des pouvoirs, cette création jurisprudentielle conduirait à des difficultés majeures avec la liberté de conscience de certains médecins, sans parler des difficultés nées du serment d'Hippocrate qui, pendant plusieurs milliers d'années, n'a pas été interprété comme permettant de donner la « mort assurée » sur un plateau à celui qui la souhaiterait. Enfin, cela signifierait que la CourEDH s'assied sur la marge de manœuvre d'un Etat, autre création jurisprudentielle, dans un domaine extrêmement sensible et dans lequel le consensus va nettement dans la direction opposée de la position strasbourgeoise⁶⁴.

⁵⁷ Voir *supra* II.B.

⁵⁸ Voir not. *supra* I.A.

⁵⁹ Voir not. art. 46 al. 1^{er} CEDH.

⁶⁰ ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 66.

⁶¹ ACEDH ce sujet, voir *infra* II.E.

⁶² Traduction libre (c'est nous qui mettons en exergue).

⁶³ Traduction libre (c'est nous qui mettons en exergue).

⁶⁴ Voir not. ACEDH *Gross c. Suisse* (note 2), § 34–36 et § 8 de l'opinion dissidente dudit arrêt.

[Rz 33] Deuxièmement, il ne ressort pas clairement de l'arrêt examiné, si la réglementation voulue par quatre juges strasbourgeois doit être étatique au sens étroit du terme ou si elle doit seulement être approuvée par les autorités politiques internes. En effet, comme déjà précisé, le paragraphe 66 affirme qu'il y a absence, pour l'heure, de « directives *approuvées* par l'Etat »⁶⁵. Toutefois, le même paragraphe pourrait éventuellement être interprété comme obligeant l'Etat lui-même à légiférer, si l'on cherche à comprendre le sens véritable de la suite du passage. Cette impression est encore renforcée si l'on s'arrête sur le paragraphe 67 de l'arrêt *Gross c. Suisse* précité. Ce dernier affirme ainsi que le « droit suisse » ne contient pas de directives suffisantes en la matière. A nouveau, une telle imprécision est fort regrettable, d'autant plus qu'elle cherche à imposer de nouvelles obligations à l'Etat. A notre sens, des sommités juridiques, à l'heure de casser un Etat sur un domaine tellement sensible, ne sont en droit de laisser la rigueur légale au placard.

[Rz 34] Malgré ces questions, un fait demeure : la condamnation de la Suisse pour violation de l'art. 8 CEDH. Pour pallier cette situation, cet Etat doit adopter, directement ou indirectement, une réglementation précisant quand un médecin peut prescrire le médicament mortel à un patient en bonne santé. *Dès lors, la CourEDH impose en l'occurrence à la Suisse d'octroyer dans certains cas une potion mortelle à une personne valide*. En effet, il serait sinon totalement illogique d'adopter, ou d'approuver, une réglementation, s'il devait ne jamais être possible d'obtenir cette substance.

[Rz 35] Cette imposition judiciaire n'a, par ailleurs, pas de sens pour plusieurs raisons. Premièrement, elle est extrêmement troublante parce qu'il existe déjà une réglementation suffisamment claire pour les personnes qui ne sont pas en fin de vie⁶⁶. Elle n'a pas de sens, deuxièmement, parce qu'elle implique que le « droit au respect de la vie privée » octroie un droit de mourir avec la bénédiction de l'Etat et la garantie que cela fonctionnera, alors même qu'une telle interprétation s'éloigne manifestement de tous les canons d'interprétation internationaux et constitutionnels. Elle n'a pas de sens, troisièmement, parce que du moment qu'un Etat est plus libéral que la grande majorité des autres Etats de la région européenne en matière d'assistance au suicide, il doit pouvoir exister, selon Strasbourg et sur la base de l'art. 8 CEDH, la possibilité d'un suicide étatique même pour des personnes valides. Cette affirmation ne peut qu'inciter l'Etat concerné à revenir en arrière dans ce domaine, pour éviter tout ennui juridique, évolution qui ne correspond certainement pas à la volonté de développer le champ d'application de l'art. 8 CEDH de Strasbourg.

E. Démocratie, pouvoir constituant et Gross c. Suisse

[Rz 36] Avant de terminer cette brève contribution, nous souhaiterions préciser que nous croyons aux droits de l'homme et sommes d'avis qu'ils constituent une avancée majeure sur la route de l'humanité. Mais nous sommes aussi démocrate. Nous croyons dès lors, également, à la démocratie. Il est, incontestablement, possible de diverger sur énormément de points par rapport à ce qu'est une démocratie véritable, mais presque tous les auteurs, nous semble-t-il, s'accordent pour dire que toute démocratie est fondée sur un pouvoir constituant fixant les règles de base d'une société politique et que ce pouvoir constituant doit revenir, directement ou indirectement, au peuple⁶⁷. A notre sens, avoir le droit de mettre fin à ses jours avec l'aide de l'Etat, pour s'assurer que la tentative réussira, est une règle essentielle pour toute société démocratique, notamment en raison de ses composantes éthique et morale conséquentes et également parce que des risques de dérive majeure existent. A ce sujet, la situation actuelle, en violation flagrante de la CEDH à ce qu'il paraît, conduit déjà à un tourisme de la mort en Suisse. Nous avons de la peine à imaginer la situation si l'on devait ouvrir encore les vannes en matière de pharmacie létale pour parvenir, enfin, au respect des obligations internationales de la Suisse. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'opinion qu'il doit revenir au pouvoir constituant lui-même de déterminer quelle solution il souhaite voir s'appliquer dans le domaine hautement sensible du suicide et ce pouvoir ne peut revenir, directement ou indirectement, qu'au peuple (en lien éventuellement avec les états fédérés). En effet, si ledit pouvoir constituant devait revenir à un autre organe politique, l'on ne se trouverait plus dans une démocratie, mais dans « autre chose ».

[Rz 37] En conséquence, nous prenons la liberté de critiquer l'arrêt *Gross c. Suisse* précité, non parce que nous ne partagerions pas, éventuellement, le résultat final (notre position sur le fond n'est pas importante), mais parce que cette décision constitue une réglementation essentielle pour toute société politique et qu'elle peut, dès lors, uniquement découler du pouvoir constituant, originaire ou dérivé⁶⁸. L'arrêt examiné contient fort probablement, nous l'avons vu, l'obligation pour l'Etat de permettre à certaines conditions le recours au suicide étatique pour des personnes en bonne santé, sinon il n'aurait aucun sens. A notre avis, une telle règle ne saurait tout simplement pas découler de rien d'autre que de la volonté de quatre juges, sous peine de remettre frontalement en cause les fondements de la démocratie en tant que telle,

⁶⁵ L'expression originale est : « *State-approved guidelines* » (c'est nous qui mettons en exerque).

⁶⁶ Voir *supra* II.B.

⁶⁷ En l'espèce, MARTI précise par exemple que le pouvoir constituant est : « (...) le pouvoir du peuple de fonder une entité politique par l'adoption de son acte fondateur » (MARTI G., *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles 2011, p. 12)

⁶⁸ A ce sujet, voir par exemple BEHRENDT Chr./BOUHON F., *Introduction à la Théorie générale de l'Etat*, 2^e édition, Bruxelles 2011, p. 165ss.

et nous nous référons ici à la démocratie au sens large du terme et pas uniquement à sa variante semi-directe propre à la Suisse. Si nobles, intelligents et géniaux les magistrats concernés soient-ils, ils ne sont, tout simplement, pas pouvoir constituant d'un ordre démocratique, quelle que soit la valeur, exceptionnelle ou lamentable, de leur argumentation dans un cas d'espèce.

[Rz 38] Le développement précédent nous oblige, dès lors, à avancer que cet arrêt n'est, à notre sens, pas compatible avec la figure d'Etat libéral et démocratique, parce qu'il ne respecte pas le rôle spécifique revenant au pouvoir constituant dans tout ordre juridique hérité d'Athènes. Nous avons conscience de la nature sérieuse de nos mots, et nous les regrettons. Mais il nous semble que cet arrêt est particulièrement périlleux parce qu'il ne remet pas uniquement en cause la séparation des pouvoirs, ce qui est déjà, à notre avis, problématique pour garantir un système juridique équilibré et libéral (au sens politique et non pas économique du terme), mais parce qu'il soulève d'immenses interrogations par rapport à la notion de pouvoir constituant elle-même, pouvoir se trouvant à l'origine de toute puissance publique. Selon nous, cette notion est trop cardinale pour le bien commun pour que quiconque, pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire, puisse jouer avec.

[Rz 39] Nous n'avons donc aucun problème, d'un point de vue juridique, à ce que l'on soumette au pouvoir constituant une proposition visant à introduire une forme de suicide assisté « pour tous », ou d'autres mesures menaçant de dériver à terme vers une forme d'eugénisme eu égard aux pressions qui seront subies par les personnes particulièrement fragiles d'une société, mais nous sommes d'avis qu'il faut impérativement faire passer ces « propositions mortelles » devant le tribunal du pouvoir constituant en raison de leur nature matériellement constitutionnelle. Toute autre solution ne ferait pas honneur à l'idéal démocratique, si ardemment défendu, à l'occasion, par diverses instances judiciaires internationales.

[Rz 40] Soulignons enfin que cet article est avant tout un cri d'amour envers le droit en tant qu'art noble qui exige que l'on respecte certaines « règles fondamentales ». Il ne s'agit par conséquent aucunement d'une diatribe contre le pouvoir judiciaire international, ni contre le pouvoir judiciaire tout court. Cette contribution est donc une ode au pouvoir constituant démocratique et, subsidiairement, aux contre-pouvoirs qui charpentent toute structure juridique née de la Grèce antique. Il ne se veut et, surtout, il n'est, rien de plus.

Luc Gonin, Dr en droit (UniGE), chargé d'enseignement et post-doctorant à l'Université de Neuchâtel. Nous tenons à chaleureusement remercier Mme Natacha Cavaleri, MLaw et assistante-doctorante à l'Institut du droit de la santé de l'Université de Neuchâtel, pour ses remarques pertinentes sur le fond. Nous assumons toutefois l'entière et unique responsabilité pour le contenu de cet article.

* * *