

L'assistance au suicide en Suisse :

ses particularités éthiques et historiques

Assisted Suicide in Switzerland: its Ethical and Historical Specificities

Dans plusieurs pays, des législations visant à autoriser certaines formes d'euthanasie active ou d'aide au suicide ont été adoptées. Or l'assistance altruiste au suicide est légale en Suisse depuis fort longtemps. Cette attitude libérale a des racines historiques intéressantes, en partie antérieures à la discussion « moderne » centrée sur l'autonomie de la personne face à la mort. Pourtant, l'analyse précise du paysage normatif qui encadre l'assistance au suicide en Suisse est malaisée car en plus du droit positif, des normes informelles y jouent un grand rôle. Nous présentons une analyse de cette situation normative en utilisant les concepts de privilèges et prétentions développés par W. N. Hohfeld et L. Wenar. Cette analyse relève l'importance d'une réflexion philosophique qui va au-delà du débat bioéthique pour saisir la nature des libertés fondamentales engagées dans l'accès à la mort assistée.

Several countries have adopted legislation that authorises some form of euthanasia or assisted suicide. The provision of assisted suicide for altruistic motives has been legal in Switzerland for a long time. The historical roots of this liberal stance are interesting because they partly hark back to earlier times, before the «modern» debates centred on personal autonomy as regards death. An accurate analysis of the Swiss normative situation is not easy since informal norms play a major role alongside positive statutes. We analyse this normative situation by making use of the concepts of privileges and claims as developed by W.N. Hohfeld and L. Wenar. We emphasize the importance of a philosophical reflection that goes beyond the bioethical controversy, with a view to clarifying the basic liberties involved in enabling assisted death.

Tables des matières

De quelques idées reçues

Du suicide à l'assistance au suicide

Des questions ouvertes

Une analyse hohfeldienne

Privilège

Prétention

Privilèges et prétentions

Quelques expérimentations locales

Épilogue

Préambule

1 Depuis un demi-siècle, les progrès de la médecine intensive ainsi que l'augmentation de la longévité en situation de grande dépendance ont suscité des débats sur le rôle de la médecine en fin de vie. Dans de nombreux pays, ce débat se concentre sur les actions, permises ou non, visant à abrégé les souffrances de malades gravement atteints. Dans ce contexte, certaines attitudes font l'objet d'un large consensus. C'est le cas du renoncement à l'acharnement thérapeutique ainsi que de l'interruption de traitements vitaux devenus futiles – la mal nommée « euthanasie passive » – du moins en principe. Ce qui reste fondamentalement controversé, c'est l'aide active à mourir, terme sous lequel nous rassemblons l'euthanasie active sur demande d'une personne atteinte dans sa santé¹ ainsi que l'assistance au suicide fournie à une telle personne. On sait qu'un nombre croissant de juridictions admettent – ou sont en passe d'admettre – de telles pratiques, qu'il s'agisse de la seule assistance au suicide (Suisse, Québec, certains États des États-Unis) ou également de l'euthanasie active (Pays-Bas, Belgique, Luxembourg). Dans son arrière-fond normatif et culturel, cette évolution est à la fois moderne et ancienne. Elle est de notre temps en ce qu'elle reflète la reconnaissance de plus en plus large du droit à l'autodétermination de chacun face à la mort. En effet, l'histoire de l'éthique médicale moderne est celle d'une nette victoire du principe d'autonomie décisionnelle du patient contre le paternalisme médical : la reconnaissance de l'autorité finale du patient face à des enjeux qui comptent vraiment, autorité qui inclut logiquement les décisions ultimes engageant la vie et la mort. De plus, derrière la critique du paternalisme médical se profile une remise en cause d'une forme plus globale de paternalisme politico-social, voire religieux, et de sa prétention à imposer le maintien de la vie à qui n'en veut plus. Or cette évolution est ancienne aussi. Elle mobilise des arguments philosophiques pluriséculaires, ainsi que leur traduction dans l'ordre juridique. En effet, de tous temps la mort volontaire est un enjeu normatif qui engage la relation de l'homme au corps social, ainsi qu'à la souveraineté politique et divine. D'un côté, il y a la pensée traditionnelle de l'Europe d'Ancien Régime et l'opprobre à la fois politique et religieux qu'elle réservait au suicidé ; de l'autre une tradition stoïcienne, ou sceptique, ou encore libérale qui met l'accent sur la liberté de choisir sa mort comme on choisit sa vie. On a affaire à deux visions antagonistes qui plongent toutes deux leurs racines loin dans le passé et qui persistent comme toile de fond de nombreuses controverses qui nous semblent à première vue typiquement contemporaines.

2 On le sait, la Suisse fait partie des juridictions libérales où l'aide active à mourir est légale dans certains cas. Ce libéralisme concerne exclusivement l'assistance au suicide. Il n'est donc pas question ici d'euthanasie active directe, laquelle reste interdite sur la base d'une disposition spécifique du Code pénal suisse² sanctionnant le *meurtre sur demande de la victime* (art. 114 CPS). Or de manière peut-être plus marquée que dans d'autres juridictions libérales, la compréhension de la licéité de l'assistance au suicide en Suisse nécessite de revisiter ce paysage intellectuel plus ancien, ce qui explique peut-être son intérêt au-delà des frontières helvétiques.

De quelques idées reçues

3 Certaines présentations de l'aide active à mourir dans les pays qui l'acceptent sont peu sensibles aux détails juridiques et historiques pertinents. Ainsi le suicide assisté « à la suisse » est souvent traité de façon indifférenciée comme un exemple parmi d'autres de libéralisme exacerbé, typique d'une société hyper-individualiste, censée adhérer à une morale sociale utilitariste. Ce point de vue – à vrai dire surtout répandu chez ceux qui considèrent les termes « libéralisme », « individualisme » et « utilitarisme » comme péjoratifs – passe à côté de trajectoires historiques fort différentes. Ainsi, la situation légale suisse résulte pour l'essentiel de discussions bien antérieures aux débats actuels centrés sur l'autonomie du patient face à la maladie grave et à la mort. En effet, elle remonte aux travaux préparatoires du Code pénal suisse au début du 20^e siècle.

4 Une autre source de confusion est le peu de cas fait de la distinction entre suicide assisté et l'euthanasie active, que le langage journalistique traite souvent comme synonymes. Pourtant la distinction entre les deux est très importante quant à la matérialité des faits et à la preuve par l'acte fournie par la personne qui meurt. De plus, elle est cruciale pour comprendre la structure du droit suisse en la matière, comme nous le verrons plus loin.

5 Enfin il existe un malentendu spécifique à la discussion en Suisse. Les adversaires de l'assistance au suicide avancent parfois l'idée que l'acceptation de celle-ci relèverait en réalité d'un libéralisme par inadvertance, qui ne correspondrait pas vraiment à l'intention du législateur fédéral helvétique. Dans le même ordre d'idées, on prétend parfois qu'il s'agirait d'une simple dépénalisation, d'une tolérance et non d'une légalisation proprement dite. Ce malentendu résulte de l'absence, dans le droit fédéral, d'une norme positive établissant expressément un droit de pratiquer l'assistance au suicide. On verra que sa légalité résulte en fait de l'absence d'incrimination en droit pénal de l'assistance au suicide altruiste et ceci dans un ordre juridique helvétique qui prend réellement au sérieux le principe *nulla poena sine lege*.

Du suicide à l'assistance au suicide

6 La seule norme du droit fédéral traitant de l'assistance au suicide est l'article 115 CPS, qui a la teneur suivante :

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 d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

7 Cet article figure dans le Code pénal dès sa première rédaction datant de 1937 mais qui résulte en fait de travaux remontant aux dernières années du 19^e siècle. La Première guerre mondiale et la vivacité des débats politiques des années 1920 ont beaucoup retardé l'adoption du Code pénal fédéral, qui avait vocation à supplanter les codes pénaux cantonaux auparavant en vigueur.

8 Pour un exposé plus détaillé de la genèse de l'article 115 CPS, nous renvoyons le lecteur à notre chapitre dans l'ouvrage dirigé par Petr Muzny, *La liberté de la personne sur son corps*³. En résumé, il s'agissait pour les concepteurs du futur droit pénal fédéral de remplir deux objectifs en tension l'un avec l'autre. Le premier était de tirer toutes les conséquences de la dépénalisation du suicide et de la tentative de suicide. Le crime de suicide était indissociable d'une vision d'Ancien Régime faisant de la mort volontaire à la fois une transgression de la souveraineté divine sur la vie humaine et une offense au monarque « intéressé à la préservation de tous ses sujets »⁴. Incompatible avec les idéaux des Lumières, l'incrimination du suicide disparaissait progressivement des législations pénales en Europe continentale. Elle représentait un acquis indiscutable dans la Suisse radicale de la fin du 19^e siècle et les rédacteurs du Code pénal étaient particulièrement soucieux de cohérence à cet égard. En effet, la complicité de suicide ne pouvait exister dès lors que le suicide n'était plus un acte délictueux et le droit pénal devait prendre acte de ce fait. Le second objectif était de maintenir la punissabilité de ceux parmi les actes d'incitation et d'assistance au suicide auxquels s'attache à bon droit une condamnation morale et sociale. En d'autres termes, il s'agissait de punir l'incitation et l'assistance au suicide lorsqu'elle relève de la malveillance et d'une motivation intéressée, sans pour autant criminaliser la simple collaboration altruiste à un suicide par ailleurs légal. C'est ainsi qu'est né le délit incriminé à l'article 115 CPS, délit dont le « motif égoïste » est une composante intrinsèque. En effet – et selon une jurisprudence constante – si lors d'une assistance au suicide le motif égoïste n'est pas avéré, le délit visé à l'art. 115 n'est pas réputé avoir été commis. On le voit, la légalité de l'assistance altruiste au suicide est implicite, mais elle n'en n'est pas moins réelle. La doctrine insiste sur la liberté de choix de l'individu souhaitant mourir pour autant qu'il soit capable de discernement : « La liberté personnelle couvre aussi le choix de l'individu quant à la façon de procéder pour mettre fin à ses jours, y compris le choix de se suicider avec l'assistance de tiers et notamment d'une organisation créée à cet effet »⁵. Il y a donc bel et bien un droit-liberté, ou pour utiliser la terminologie hohfeldienne sur laquelle nous nous expliquerons plus loin, un *privilege*, à choisir la mort avec l'aide d'autrui. Des limitations éventuelles à ce droit doivent obéir au principe de proportionnalité. Ainsi par exemple, il ne serait pas admissible de vider ce droit de sa substance en assimilant toute assistance au suicide à une non-assistance à personne en danger, délit que le droit pénal suisse connaît sous l'appellation d'*omission de prêter secours* (art. 128 CPS). À l'inverse, le droit fédéral n'implique pas l'existence d'un « droit à » l'assistance au suicide. Il n'existe pas d'obligation pour un individu confronté à une requête d'assistance au suicide d'y donner suite. Est-ce à dire qu'une telle requête n'engendre aucune obligation d'aucune sorte ? Nous verrons que la situation est moins simple.

9 On notera la filiation directe qui existe en Suisse entre la dépénalisation du suicide et l'acceptation de l'assistance au suicide. Aucune généalogie de cette sorte ne vaut pour l'euthanasie active, qui n'est pas légale en Suisse. Cela ne signifie pas que les enjeux philosophiques de la mort volontaire ne soient pas pertinents pour l'une et l'autre forme de l'aide à mourir. Néanmoins, cela souligne la nécessité de maintenir la distinction entre les deux pour une vision correcte du développement historique qui a conduit à des attitudes plus libérales dans tel ou tel pays.

Des questions ouvertes

10 Le caractère implicite, en négatif, de la licéité de l'assistance altruiste au suicide ne permet pas de relativiser ce droit ou de le réduire à une vague tolérance, dont on se demande d'ailleurs sur quoi elle reposerait. Mais cet implicite laisse une grande marge d'appréciation, voire d'incertitude, tant au citoyen ordinaire qu'aux professionnels concernés. C'est une des raisons qui fait que le débat reparaît périodiquement sur la scène politique suisse, alimenté tant par le secteur de l'opinion qui souhaite limiter ou abroger la pratique du suicide assisté que par ceux qui souhaitent la consolider par des normes juridiques positives, voire l'étendre à l'euthanasie active. Malgré ces controverses récurrentes, le *statu quo* persiste à ce jour. L'autre raison de cette discussion persistante est que depuis les années 1980, l'émergence d'associations d'assistance au suicide a changé la sociologie de cette pratique. Naguère résultant d'un accord privé entre un malade et son médecin, démarche discrète et suscitant rarement des discussions publiques, l'assistance au suicide est devenue un véritable fait social. Les principales associations comptent des dizaines de milliers de membres et se donnent des règles de conduite qui fonctionnent dans les faits comme du *soft law*, encadrant la pratique en l'absence de normes légales spécifiques. On a donc affaire à une réalité sociale de plus en plus visible, mesurable sur le plan statistique, mais affectée d'un flou normatif qui continue de susciter passablement d'interrogations⁶.

11 Ces questions sans réponse définie concernent en premier le rôle des professionnels de la santé dans l'assistance au suicide et au premier chef les médecins et les pharmaciens. En effet, la doctrine de l'article 115 CPS ne dit rien de l'implication de professionnels de la santé dans l'assistance au suicide. Il ne s'y trouve rien qui impose l'intervention d'un professionnel de la santé ou au contraire interdise à ceux-ci d'y participer⁷. On est loin de la situation qui prévaut par exemple dans ceux des États américains qui autorisent dans certaines conditions le *physician assisted suicide*, c'est-à-dire le suicide assisté par un médecin. Cependant, la réalité du suicide assisté en Suisse implique pratiquement toujours une ordonnance de barbiturique signée par un médecin, même si c'est un bénévole d'une association qui apporte la potion au candidat au suicide, assiste au décès et avertit l'autorité judiciaire⁸. La question des droits et devoirs professionnels des médecins et pharmaciens se pose nécessairement, même si l'assistance au suicide ne viole aucune législation propre à la pratique médicale comme par exemple celle qui concerne la prescription de médicaments sur ordonnance. Le caractère licite de telles prescriptions a été confirmé par le Tribunal fédéral⁹. Ce sont donc les règles déontologiques de la profession médicale qui sont censées s'appliquer, en l'occurrence les directives d'éthique médicale promulguées par l'*Académie suisse des sciences médicales* ainsi que la *Fédération des médecins suisses*. Celles-ci ne s'opposent pas par principe à l'assistance au suicide mais dans leur rédaction actuelle, elles la limitent aux situations de maladie terminale, restriction qui ne correspond pas à la pratique actuelle et n'est pas exigée par la jurisprudence.

À deux reprises, la *Commission nationale d'éthique en médecine* a exprimé le souhait que l'activité des organisations d'aide au suicide soit encadrée par des règles claires assurant que l'autodétermination de la personne soit vérifiée, par exemple en excluant que son désir de mourir relève essentiellement d'une pathologie psychiatrique¹⁰. Cette Commission est un organe consultatif auprès des autorités fédérales, qui en l'occurrence n'ont pas suivi ses avis. Il est vrai que la situation de blocage politique entre adversaires de l'assistance au suicide et partisans de son extension n'est pas près d'être levée.

Une analyse hohfeldienne

12 L'environnement normatif de l'assistance au suicide en Suisse est malaisé à décrire avec précision. En effet, sa substance strictement juridique est réduite puisqu'elle réside essentiellement dans l'article 115 CPS et sa jurisprudence, ainsi que quelques législations cantonales que nous évoquerons plus loin. Mais ce qui régule effectivement la pratique est aussi un ensemble de normes largement informelles, perçues comme plus ou moins impératives par les personnes concernées, médecins, pharmaciens, bénévoles d'associations, policiers, ministères publics, et bien entendu les candidats au suicide et les citoyens en général. Cette situation est insatisfaisante et appelle au minimum une clarification conceptuelle.

13 Le juriste américain W. N. Hohfeld a développé au début du 20^e siècle une grille d'analyse originale des situations normatives relevant du droit positif ainsi que d'autres systèmes de normes. L'analyse hohfeldienne, dans la version récente développée par le philosophe Leif Wenar, fournit un outil particulièrement adapté au mélange de droit positif, de coutume et de considérations éthiques collectivement partagées qui est typique du traitement de l'assistance au suicide en Suisse¹¹. En d'autres termes, ce que nous proposons ici dans un esprit hohfeldien est une analyse de droits et obligations au sens large, non strictement juridiques : une analyse de normes légales, coutumières ou morales qui engendrent avec une certaine efficacité des attentes légitimes de la part de personnes et d'institutions concernées par l'assistance au suicide en Suisse. Le détail de ce travail a été publié dans un article auquel nous renvoyons le lecteur¹². Nous nous contenterons d'en donner ici les conclusions.

14 Dans l'analyse de Hohfeld/Lenar, les situations juridiques concrètes sont des réalités composites, des agrégats « moléculaires » de droits « atomiques » qui sont au nombre de quatre : privilèges, prétentions¹³, pouvoirs et immunités¹⁴. Seuls les deux premiers seront invoqués dans ce qui suit.

Privilège

15 Affirmer que A jouit d'un privilège quant à une action f signifie que A n'a pas d'obligation d'accomplir f. Le privilège implique une relation binaire entre un sujet A et une action f. Wenar ajoute que certains droits concrets s'analysent comme des *paires de privilèges*. C'est le cas lorsqu'un sujet a un droit discrétionnaire d'accomplir une action ou de ne pas l'accomplir (nous utiliserons l'expression « droit discrétionnaire » comme synonyme de l'expression *paired privilege*).

Prétention

16 Affirmer que A jouit d'une prétention contre B quant à une action f signifie que B est dans l'obligation d'accomplir f vis-à-vis de A. La prétention implique une relation ternaire entre deux sujets et une action : A, le titulaire de la prétention ; B, le sujet sur qui pèse l'obligation ; f, l'action dont A peut légitimement prétendre qu'elle soit accomplie par B.

17 Commençons à appliquer cette grille d'analyse au suicide lui-même. Dès lors que le suicide sort du droit pénal, le citoyen jouit d'un privilège, celui de n'être pas obligé de persister dans l'existence. Comme de plus il n'est évidemment pas obligé de mourir, on a affaire à un droit discrétionnaire de continuer à vivre ou non. Pourtant, il faut se souvenir qu'il s'agit là d'un pur privilège, qui n'engendre pas par lui-même d'obligation définie pour autrui. Ainsi on peut imaginer que le droit institue une conception « forte » de la non-assistance à personne en danger (ce n'est pas le cas du droit suisse), qui incriminerait quiconque ne s'oppose pas à un projet suicidaire, y compris si l'incriminé est fondé à penser que le suicide est mûrement réfléchi par une personne capable de discernement. Un privilège ne devient ce qu'on appelle communément un droit-liberté que s'il est étayé par des prétentions, souvent de nature négative, interdisant à autrui d'entraver le titulaire d'un privilège l'exercice de celui-ci.

18 On voit que l'analyse hohfeldienne est particulièrement utile pour mettre en évidence la fragilité des privilèges « nus », dépourvus de prétentions permettant l'exercice concret d'une liberté. Ce point apparaît clairement si nous passons du suicide à l'assistance au suicide. L'impossibilité d'être complice du non-crime de suicide est reconnue dans de nombreuses juridictions¹⁵. En bonne logique, l'assistance au suicide n'est pas nécessairement criminalisée comme telle dans ces pays, alors même qu'elle n'y est pourtant pas pratiquée ouvertement. L'assistance au suicide peut donc s'analyser en un ensemble de privilèges, à commencer par le droit discrétionnaire du candidat au suicide de ne pas se cacher de son projet mais d'en faire part à un assistant potentiel. Il s'agit aussi du droit discrétionnaire de la personne confrontée à une demande d'assistance au suicide d'y donner suite ou non. Mais dans les pays qui ne sont pas libéraux en matière d'assistance au suicide, les privilèges mentionnés plus haut existent en théorie mais sont massivement restreints par des normes qui interdisent *de facto* de pratiquer une assistance au suicide à la plupart des personnes qui seraient susceptibles de la fournir. C'est le cas dès lors que des normes professionnelles l'interdisent aux professions soignantes, ou que la jurisprudence rend vraisemblable son assimilation à une non-assistance à personne en danger dans de nombreuses situations. Ce qui distingue la situation suisse, c'est que l'exercice concret de l'assistance au suicide est protégé par un réseau de prétentions relativement efficaces et pourtant rarement explicitées comme telles.

Privilèges et prétentions

19 Revenons au privilège de fournir une assistance au suicide tel qu'il existe en Suisse : fondé sur l'article 115 CPS, il appartient à tout citoyen et n'est pas limité aux professions soignantes. Mais il appartient *aussi* à ces dernières puisqu'aucune norme professionnelle ne le leur interdit. Qu'en est-il des prétentions qui encadrent cette pratique ? Certaines sont assez explicites. Les directives d'éthique de l'Académie suisse des sciences médicales ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral imposent aux médecins et aux bénévoles des organisations d'assistance au suicide des cautions incluant entre autres la vérification de la capacité de discernement de la personne et du caractère persistant de sa demande. Ces obligations peuvent s'interpréter comme des prétentions du candidat au suicide à être protégé « contre lui-même » par des vérifications dont l'obligation incombe aux praticiens de l'assistance. Mais l'expression de protection « contre lui-même » montre bien le risque de dérive paternaliste inhérent à ces cautions. C'est pourquoi il faut aussi envisager des prétentions inverses, qui protègent le projet suicidaire bien considéré d'une personne ainsi que la possibilité concrète de recevoir une assistance. L'existence de telles prétentions est manifeste dans la pratique. Personnels de santé, magistrats et forces de l'ordre ne se sentent pas fondés à empêcher un suicide assisté qui ne violerait pas la loi. Les candidats au suicide et les assistants jouissent donc d'une prétention informelle à ne pas voir leur action contrariée, sauf s'il y a violation de la loi ou négligence des cautions que nous venons d'évoquer. De plus, de telles prétentions sont suggérées par la jurisprudence. Ainsi dans l'affaire *Gross c. Suisse*¹⁶, la Cour européenne des droits de l'homme avait critiqué le manque de clarté du droit suisse en la matière. En substance, elle considérait que la demanderesse d'une assistance au suicide avait droit à une réponse argumentée plutôt que d'être confrontée à une suite de refus qui évoquaient une forme de loterie. Certes, l'arrêt a été par la suite cassé pour une raison de forme mais l'enjeu reste : la pratique ouverte de l'assistance au suicide présuppose que les requêtes d'assistance soient traitées d'une manière dépourvue d'arbitraire¹⁷. L'arrêt *Haas*¹⁸ (également de la Cour européenne des droits de l'homme) confirme la doctrine du Tribunal fédéral et reconnaît le droit discrétionnaire de chacun à choisir de mettre fin à ses jours, d'en choisir les moyens et de faire appel à une assistance. Ceci implique à notre avis un droit (une prétention en langage hohfeldien) à ne pas en être empêché de manière déraisonnable. Par contre, la jurisprudence *Haas* s'oppose à un autre type de prétention, celle qui instituerait un droit à l'assistance au suicide au sens où une personne ou institution serait obligée de la fournir. La doctrine Haas implique que le demandeur d'une assistance au suicide n'est pas globalement créancier (au sens du mot anglais *entitled*) d'une telle assistance, ni vis-à-vis d'un individu, ni d'une institution, ni de la société en général. Cependant, il nous paraît bel et bien créancier de quelque chose : que sa demande soit sérieusement entendue et professionnellement évaluée, dans un contexte qui n'exclue pas *a priori* que cette demande puisse être suivie d'effet.

Quelques expérimentations locales

20 C'est précisément ce type de prétention qui commence à être reconnue par le droit de certains cantons suisses, à vrai dire dans des contextes étroitement définis. Ainsi, une loi entrée en vigueur en 2013 dans le Canton de Vaud précise dans quelles conditions une assistance au suicide peut être pratiquée dans les établissements médico-sociaux et les hôpitaux reconnus d'intérêt public¹⁹. La demande d'assistance au suicide doit faire l'objet des vérifications suivantes, qu'il vaut la peine de citer *in-extenso* :

(...)

- La personne doit avoir sa capacité de discernement.
- Elle doit persister dans sa volonté de se suicider.
- Elle doit souffrir d'une maladie ou de séquelles graves et incurables.

Si des troubles psychiques ou des pressions externes sont suspectés, l'avis d'un expert psychiatre doit être sollicité.

Il incombe au médecin responsable de se déterminer par écrit envers le patient dans un délai maximum de quatre semaines selon la complexité du cas. Si le patient ou le résident a un représentant dans le domaine des soins, celui-ci doit également être informé de la détermination médicale.

Le médecin responsable doit motiver sa détermination et notamment préciser :

- si les conditions sont remplies ;
- si un retour à domicile est possible lorsqu'il s'agit d'un patient en établissement hospitalier ;
- la possibilité pour le patient ou le résident de saisir le bureau de la médiation ou la Commission d'examen des plaintes en cas de désaccord.

21 La portée concrète de cette loi est limitée puisqu'elle ne concerne que les patients en institution. Cependant, elle est intéressante au regard de notre analyse car elle reconnaît d'un côté des obligations « paternalistes²⁰ » protégeant la personne contre un choix irréfléchi ou pathologique, ou encore un choix qui n'aurait pas pris en compte toutes les alternatives réalistes, et de l'autre côté des obligations qu'on pourrait appeler « permissives » en ce sens qu'elles rendent possible le droit de l'individu de choisir sa mort avec une assistance et qu'elles protègent ce choix contre une interférence non justifiée. Parmi ces secondes prétentions, il y a les règles procédurales qui imposent de la part du médecin responsable une réponse argumentée, dans un délai spécifié, et contre laquelle des voies de recours existent. Il est vrai que la portée exacte de ces obligations demande à être précisée. C'est en particulier la question de l'opposition de principe à la mort assistée que feraient valoir un médecin individuel ou l'institution de soins concernée. Si l'objection de conscience personnelle est clairement reconnue, la question est plus difficile pour les institutions. Au nom de son identité confessionnelle, un établissement de santé ou une résidence pour personnes âgées peuvent-ils affirmer : « pas de ça chez nous » ? C'est la jurisprudence qui en décidera. À ce stade, on notera que le Canton de Neuchâtel a adopté une législation similaire mais qui va plus loin en précisant que les droits des patients et résidents ne peuvent être limités par les convictions affichées des institutions, du moins de celles qui reçoivent des subventions publiques. Cette loi a

été attaquée devant la Tribunal fédéral par l'Armée du Salut (en tant que gestionnaire d'une résidence pour personnes âgées) mais le Tribunal a donné raison au Canton de Neuchâtel²¹. Les institutions subventionnées ne peuvent donc interdire l'accès à leurs locaux aux organisations d'aide au suicide, sans être pour autant tenues d'y participer activement.

Épilogue

22 Nous avons vu que la pratique suisse de l'assistance au suicide va au-delà d'un simple privilège, qui pourrait rester théorique. Elle est encadrée par des prétentions qui sont à la fois des cautions contre des suicides non réellement volontaires et des protections contre l'empêchement *de facto* d'une pratique par ailleurs reconnue comme légale. La spécification de ces privilèges et prétentions est actuellement insuffisante mais leur assise éthique nous paraît justifiée et digne d'être défendue.

23 Dans ce contexte, le principe de l'autodétermination de la personne est le fondement éthique qui vient à l'esprit en premier : principe qui fait l'unanimité dans le débat public tant qu'on ne cherche pas à l'appliquer aux questions bioéthiques réellement controversées, comme celle qui nous occupe ici. Or prendre ce principe au sérieux implique ce que Ruwen Ogien appelle la *liberté politique de mourir*²². Il s'agit en somme du droit-liberté de mettre fin à ses jours en recourant à une assistance car comme le relève Ogien, sans cette possibilité, certaines personnes lourdement handicapées sur la plan moteur sont *de facto* interdites de suicide. L'exemple des personnes handicapées montre précisément pourquoi cette liberté, si elle se réduit à un simple privilège, risque d'être vidée de son sens. Elle doit donc s'analyser comme une situation juridique composite, qui n'implique pas que des privilèges mais aussi des prétentions, c'est-à-dire des obligations. Spécifier ces prétentions en partant de l'exemple suisse est la finalité de l'analyse qui précède.

24 Nous avons vu que ces obligations peuvent être « paternalistes » au sens utilisé ci-dessus, ou « permissives » car elles permettent la mise en œuvre concrète d'un projet de mort volontaire, pour autant que celui-ci reçoive une forme d'approbation ou du moins de non opposition. Dans la situation suisse, cette approbation est en grande partie informelle, car elle implique l'assentiment d'un médecin, d'un « assistant » c'est-à-dire le plus souvent d'une association, ainsi que des diverses instances qui seraient en mesure d'empêcher l'assistance au suicide d'avoir lieu. Or l'idée qu'un projet suicidaire puisse recevoir une forme d'assentiment d'une autorité ou d'une instance représentant peu ou prou la collectivité paraît choquante au premier abord. C'est pourtant une conséquence nécessaire du respect d'une liberté de mourir qui n'est pas illusoire. Si cette conclusion rebute, n'est-ce pas parce qu'elle touche au dernier tabou concernant la mort volontaire : qu'elle puisse être non seulement un choix délibéré et rationnel, mais que sa rationalité puisse être collectivement partagée et reconnue par une autorité ?

25 Dans le second livre des *Essais*, Montaigne rapporte une anecdote remontant à l'Antiquité et qui illustre bien notre propos :

Il y a des polices qui se sont meslées de régler la justice et opportunité des morts volontaires. En nostre Marseille il se gardoit au temps passé du venin préparé à tout de la ciguë, aux despens publics, pour ceux qui voudroient haster leurs jours ; ayants premièrement approuvé aux six cens, qui estoit leur Senat, les raisons de leur entreprise : et n'estoit loisible autrement que par congé du magistrat, et par occasions légitimes, de mettre la main sur soy²³.

26 Il est vrai que cette anecdote paraît historiquement datée car elle relève d'une conception ancienne d'un État qui a droit de vie et de mort sur les citoyens. Or c'est justement cette conception qui a été battue en brèche par la décriminalisation du suicide dans le sillage de l'esprit des Lumières. L'idée qu'il faille demander la permission à l'État pour mourir est évidemment à l'opposé d'une vision libérale des rapports entre l'individu et la puissance publique. Pourtant, comme souvent chez Montaigne, ces lignes peuvent être lues dans une autre perspective, plus pertinente pour nous aujourd'hui. Elles nous suggèrent que la mort volontaire puisse être un choix validé, non par une autorisation de l'État mais par des mesures « permissives » au sens où nous avons utilisé ce terme plus haut, c'est-à-dire des mesures qui rendent possible l'exercice de la liberté politique de mourir sans discriminations ni entraves arbitraires.

27 C'est une autre conception du rôle de la puissance publique qui est suggérée ici, rarement discutée dans le débat bioéthique. En effet, dans la majorité des pays occidentaux qui sont prohibitionnistes en matière de mort assistée, la seule intervention de l'État envisagée est paternaliste, avec ou sans guillemets : elle consiste à protéger les individus contre leur volonté de mettre fin à leurs jours, que ce projet soit autonome ou pathologique. À l'inverse, il est une forme de libéralisme naïf pour qui la liberté serait simplement proportionnelle à l'abstention de l'État dans un domaine de la vie privée. L'analyse hohfeldienne nous montre que le paysage normatif des libertés individuelles est bien plus complexe. Preuve en est que les libertés « libérales » ne sont pas des privilèges purement négatifs car elles ont besoin d'être consolidées par un réseau d'obligations qui engagent la collectivité. Nous avons vu que l'analyse de la situation suisse de l'assistance au suicide en fournit quelques exemples. Une réflexion plus théorique, détachée des contingences de tel ou tel pays, permettrait d'articuler de manière plus systématique la liberté de choisir la mort volontaire assistée avec des prétentions d'acteurs sociaux de toute nature, pas forcément étatiques. Il y a là une piste de réflexion à cheval entre bioéthique et philosophie politique qui nous semble mériter d'être poursuivie.

Notes

1 Nous ne précisons pas la nature et la gravité des atteintes ouvrant la porte à l'aide active à mourir car c'est un autre débat.

2 Abrégé ci-après CPS

3 Alex Mauron, « La légalité de l'assistance au suicide : l'expérience de la Suisse », In : Petr Muzny (dir.), *La liberté de la personne sur son corps*, Paris, Dalloz, 2010, p. 141-154.

4 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*. Livre 4, chapitre 14, Londres, 1769. Consultable à l'URL: <https://ebooks.adelaide.edu.au/b/blackstone/william/comment/index.html>. La référence anglaise est délibérée, car les juridictions relevant du *Common Law* ont maintenu le crime de suicide beaucoup plus longtemps que les pays de tradition continentale.

5 Rapport explicatif concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire relative à l'assistance au suicide. Berne, octobre 2009. URL: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/vn-ber-f.pdf>).

6 En 2014 on a compté en Suisse 742 suicides assistés contre 1029 autres suicides. Cf. Office fédéral de la statistique : *Statistique des causes de décès 2014 : Suicide assisté et suicide*. Berne, octobre 2016. URL: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante.assetdetail.1023132.html>. Voir aussi les résultats du Programme national de recherche PNR 67, URL: <http://www.nfp67.ch/fr>).

7 Samia A. Hurst, Alex Mauron, «Assisted suicide and euthanasia: allowing a role for non-physicians», *British Medical Journal*, vol. 326, 2003, p. 271-273.

8 La jurisprudence *Haas* de la Cour européenne des droits de l'homme mentionnée plus loin a confirmé la position des autorités fédérales selon laquelle le droit de choisir le moyen de sa mort n'engendre pas d'obligation de la part d'institutions publiques de fournir une substance létale sans ordonnance médicale.

9 ATF 133 I 58. Un arrêt plus récent contient un résumé détaillé de la jurisprudence sur l'assistance au suicide tant au Tribunal fédéral suisse qu'à la Cour européenne des droits de l'homme (ATF 13.09.2016 2C 66/2015).

10 Commission nationale d'éthique en médecine, prises de positions no. 10/2005 : *L'assistance au suicide*, et 13/2006 : *Les critères de diligence concernant l'assistance au suicide*. URL : <http://www.nek-cne.ch/fr/publications/prises-de-position/>).

11 Leif Wenar, «The nature of rights» *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33/3, 2005, p. 223-252.

12 Samia A. Hurst, Alex Mauron, «Assisted Suicide in Switzerland: Clarifying Liberties and Claims» *Bioethics*, vol. 31/3, 2017, p. 199-208.

13 Nous traduisons ainsi *claim*, sur la base d'une remarque de M. Bennet, « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W.N.Hohfeld », *Klesis- Revue philosophique*, vol. 21, 2011, p. 133-156.

14 Cette métaphore chimique peut paraître controuvée, mais elle est assez profonde : un atome est certes une entité constitutive des entités plus complexes que sont les molécules mais c'est aussi un ensemble de relations potentielles exprimées par la notion de valence. La nature fondamentalement relationnelle des concepts hohfeldiens est bien expliquée par Bennet, *ibid.*

15 Pour l'exemple français, voir le rapport présenté au Président de la République par la Commission de réflexion sur la fin de vie en France, « Penser solidairement la fin de vie ». Paris, 18 décembre 2012, URL : <http://social-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-de-la-commission-de-reflexion-sur-la-fin-de-vie-en-France.pdf>.

16 Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Gross c. Suisse*, no. 67810/10, arrêt du 30 septembre 2014.

17 Voir aussi : Alex Mauron, « L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'assistance au suicide : implications éthiques », *Bulletin des médecins suisses*, vol. 94, 2013, p. 31-32.

18 Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Haas c. Suisse*, no. 31322/07, arrêt du 20 janvier 2011. Le demandeur estimait que l'exercice de son droit à décider de mourir impliquait de pouvoir obtenir un barbiturique létal sans ordonnance médicale.

19 Canton de Vaud, Loi sur la santé publique art. 27d. La loi et ses directives d'applications sont consultables à l'URL : <http://www.vd.ch/themes/sante/professionnels/assistance-au-suicide/>.

20 La littérature bioéthique fait la distinction entre *paternalisme fort*, où une autorité s'estime fondée à passer outre à la volonté claire d'une personne capable d'exercer son autonomie et *paternalisme faible*, dans le cas où une autorité protège un individu incapable de discernement contre un choix qui n'est pas réellement autonome et décide donc à sa place. C'est de paternalisme faible, non controversé, dont il s'agit ici.

21 ATF 2C_66/2015.

22 Ruwen Ogien, *La vie, la mort, l'État*, Paris, Grasset, 2009.

23 Montaigne, *Essais*, II/3

Alex Mauron, « L'assistance au suicide en Suisse : ses particularités éthiques et historiques », *Droit et cultures* [En ligne], 75 | 2018/1, mis en ligne le 03 mai 2018, consulté le 28 novembre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/4424>