

L'assistance au suicide dans les institutions sanitaires publiques et privées

BENEDETTA S. GALETTI*

MOTS CLÉS	Droit de la santé – assistance au suicide – droit à la mort – institutions sanitaires
RÉSUMÉ	La nouvelle réglementation sur la santé neuchâteloise impose dès 2014 aux établissements sanitaires reconnus d'utilité publique de donner libre accès aux associations d'aide au suicide afin de réaliser la volonté suicidaire des résidents. Les conséquences de cette réglementation ont commencées à se dessiner sur le plan juridique et politique: si d'une part le Tribunal fédéral reconnaît maintenant un véritable droit de chacun à obtenir de l'aide pour mourir, le législateur genevois a décidé d'imposer la même obligation aussi aux institutions publiques.
ZUSAMMENFASSUNG	Die neue Verordnung über das Gesundheitswesen in Neuenburg schreibt ab 2014 vor, dass die als gemeinnützig anerkannten Gesundheitseinrichtungen den Verbänden für Suizidhilfe freien Zugang gewähren müssen, um den Suizidwünschen der Bewohner zu verwirklichen. Die Folgen dieser Regelung zeichnen sich bereits auf juristischer und politischer Ebene ab: Da das Bundesgericht nun ein echtes Recht eines jeden auf Sterbehilfe anerkennt, hat der Genfer Gesetzgeber beschlossen, diese Verpflichtung auch den öffentlichen Einrichtungen aufzuerlegen.
ABSTRACT	From 2014, new regulations on healthcare in Neuchatel have stipulated that health establishments recognized as being of public utility must give residents free access to associations of suicide assistance. Now, the consequences of these regulations have begun to emerge on the legal and political level. Whilst the Federal Court of Justice recognizes the right of every individual to obtain help to die, the Geneva legislature has decided to impose the same obligation on public institutions.

I. Introduction

La nouvelle loi sur la santé neuchâteloise reconnaît à chacun le droit de choisir le moment et les modalités de sa propre mort. Elle impose aux établissements sanitaires reconnus d'utilité publique de donner libre accès aux associations d'aide au suicide afin de réaliser la volonté suicidaire des résidents (art. 35a LS-NE). Après son adoption en 2014, la Fondation Armée du Salut Suisse et la Société Coopérative Armée du Salut Œuvre sociale, en qualité de propriétaire d'Etablissement médico-social (EMS), ont soumis au Tribunal fédéral un recours en demandant son annulation.¹ Elles faisaient valoir que la nouvelle réglementation portait atteinte à leur liberté de conscience et croyance, ainsi qu'au principe d'égalité de traitement. Le Tribunal fédéral rejette les deux griefs soulevés et ouvre la porte aux réglementations cantonales reconnaissant

un véritable « droit subjectif d'obtenir de l'aide d'autrui » pour mettre fin à ses jours.²

Bien que cet arrêt soulève quelques critiques, le canton de Genève, en adoptant la réglementation de l'assistance au suicide en 2018, a décidé de faire un pas supplémentaire. En effet, la nouvelle réglementation impose une obligation d'accepter les requêtes de suicides assistés non seulement aux institutions d'utilité publique, mais aussi aux institutions privées (art. 39A LS/GE). Selon le Grand Conseil, l'extension de cette obligation aux institutions privées s'explique notamment par le fait que les résidents de tels établissements ne doivent pas voir leur droit à l'autodétermination réduit du seul fait que l'institution en cause est privée.³

Après un survol qui contextualise la réglementation neuchâteloise et genevoise (II.), nous proposons d'examiner quelles sont les raisons qui ont poussé le Tribunal fédéral à consacrer la position prise par le législateur

* Dr. iur., L'assistance au suicide dans les institutions sanitaires publiques et privées.

¹ ATF 142 I 195.

² ATF 142 I 195 c. 4.

³ GRAND CONSEIL DU CANTON DE GENÈVE, Projet de loi modifiant la loi sur la santé (LS) (K 1 03) (Pour garantir le droit au suicide assisté dans le EMPP et EMP), du 4 avril 2016, 1 ss, 8.

cantonal neuchâtelois consistant à reconnaître le droit de chacun d'obtenir de l'aide pour mourir et à mettre sur un pied d'égalité les institutions publiques et les institutions reconnues d'utilité publique (III.). Nous nous intéressons ensuite au fait de savoir si et dans quelle mesure ces considérations sont aptes à justifier le choix fait par le législateur cantonal genevois d'astreindre même les institutions privées à reconnaître le droit de chacun de choisir le moment et la manière de sa propre mort et l'obligation de ne pas entraver cette liberté (IV.).

II. La reconnaissance du droit de choisir sa propre mort et ses conséquences sur le plan cantonal

L'obligation négative imposée à toute institution sanitaire d'accepter en son sein l'intervention des associations d'aide au suicide a été introduite dans les réglementations cantonales de Neuchâtel et de Genève à la suite de plusieurs événements. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CourEDH qui reconnaît la liberté de choisir le moment et les modalités de sa propre mort (II.A.), a probablement joué un rôle essentiel. À côté des changements jurisprudentiels, les directives de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) se penchant de manière générale sur les conditions d'accès au suicide assisté et en particulier sur celles à respecter pour les résidents des EMS (II.B.), ont aussi contribué à alimenter le débat au niveau cantonal. La combinaison de ces faits a engendré des discussions sur la nécessité d'introduire une réglementation en matière de suicide assisté dans plusieurs cantons. C'est ainsi que la première réglementation cantonale en la matière a vu le jour (II.C.).

A. La jurisprudence du Tribunal fédéral et de la CourEDH

Jusqu'en 2016, le Tribunal fédéral s'est prononcé à deux reprises dans des affaires ayant un rapport avec la mort provoquée. Calquée sur celle de la CourEDH, sa jurisprudence, a fini par reconnaître le droit de chacun de choisir le moment et les modalités de sa propre mort et le devoir d'agir en conséquence.

1. L'affaire Haas

En 2006, le Tribunal fédéral rendit un arrêt de principe. Cet arrêt fut porté devant la CourEDH. Ernst Haas souffrait de troubles bipolaires sévères. N'étant pas atteint d'une maladie qui l'en aurait physiquement empêché, il aurait pu se suicider par ses propres moyens. Après avoir

essayé sans succès de se procurer une ordonnance médicale pour disposer d'une substance (le NaP) qui lui aurait permis de mettre fin à ses jours, il s'est tourné vers la direction sanitaire du canton de Zurich et l'Office fédéral de la santé publique afin d'obtenir la substance sans ordonnance. Se fondant sur la Constitution, il a fait valoir que la législation suisse subordonnant la remise de cette substance à une ordonnance médicale violait l'art. 10 Cst., ainsi que l'art. 8 CEDH. Selon lui, l'État avait l'obligation de lui fournir les moyens nécessaires afin de lui permettre de se suicider sans souffrances et sans risque d'échouer.

Le Tribunal fédéral jugea que le devoir de l'État de préserver la vie humaine (art. 10 al. 1 Cst. et art. 2 CEDH) n'allait pas jusqu'à imposer à ce dernier, d'empêcher ses citoyens capables de discernement et désireux de mourir, de mettre fin à leur vie. Le Tribunal fédéral estima que le droit à l'autodétermination comprend ainsi la liberté de décider du moment et des modalités de sa propre mort, à condition que l'individu soit en mesure de se déterminer librement et d'agir en conséquence.⁴ Le Tribunal fédéral considéra toutefois que le droit à l'autodétermination ne va pas jusqu'à imposer à un tiers ou à l'État une obligation positive de mettre à disposition les ressources nécessaires pour la mise en œuvre de l'intention suicidaire d'un citoyen.⁵

En relation avec la remise des moyens nécessaires pour se donner la mort, le droit à la vie impose cependant à l'État l'obligation positive de s'assurer que la décision de se suicider émane d'une personne capable de discernement, et qu'elle repose sur un choix autonome et réfléchi. Il appartient au médecin de le vérifier et de ne prescrire le médicament que si les conditions légales et les règles professionnelles applicables sont remplies.⁶ Cette limitation de la liberté est légitime et proportionnée selon le Tribunal fédéral. Elle est justifiée par la nécessité d'éviter les potentielles dérives et de protéger les personnes les plus vulnérables.

Saisie de l'affaire, la CourEDH reconnut le droit de chacun « de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence ». ⁷ Elle considéra que, même en admettant le devoir positif de l'État d'adopter des mesures aptes à faciliter la mise en œuvre du suicide, la Suisse n'avait pas violé cette obligation.⁸ Prenant en compte la marge d'apprécia-

⁴ ATF 133 I 58 c. 6.1 : in : JdT 2008 I 349.

⁵ ATF 133 I 58 c. 6.2.1, in : JdT 2008 I 349.

⁶ ATF 133 I 58 c. 6.3.4, in : JdT 2008 I 349.

⁷ CourEDH, Haas c. Suisse du 20 janvier 2011, n° 31322/07, § 51.

⁸ CourEDH (n. 7), § 61.

tion dont jouissent les États, elle conclut que la législation suisse imposant la nécessité d'une ordonnance médicale afin d'avoir accès au NaP trouve un fondement légitime dans l'intérêt de protéger les personnes contre des décisions irréflechies et permet de prévenir d'éventuels abus.⁹

2. L'affaire Gross

En 2010, le Tribunal fédéral fut appelé à se prononcer à nouveau sur une affaire semblable.¹⁰ La requérante, Alda Gross, bien que n'étant atteinte d'aucune pathologie, souhaitait mourir en raison de la diminution de ses capacités physiques et psychiques, due à son âge. Après une tentative de suicide ayant échoué, elle s'était tournée vers quatre médecins afin d'obtenir l'ordonnance nécessaire pour se procurer le NaP. Suite à l'échec de ces tentatives, elle invoqua devant le Tribunal fédéral son droit d'obtenir le NaP sans prescription afin de mettre fin à sa vie de manière indolore.

Le Tribunal fédéral confirma sa jurisprudence. Il affirma que l'État n'a aucune obligation positive de garantir l'accès à un médicament mortel pour aider quelqu'un à se suicider. Il réaffirma aussi que l'intérêt public justifie de plusieurs façons l'obligation de l'ordonnance médicale.

Saisie de l'affaire, la CourEDH confirma que le désir d'obtenir les moyens nécessaires pour mettre en œuvre son projet de suicide tombe dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée de chaque individu. Elle n'exclut pas que, sur la base de l'art. 8 CEDH, l'État pourrait être contraint de prendre des mesures positives afin d'assurer le respect effectif de la vie privée de chacun.¹¹

Encore un fois, la CourEDH admit toutefois le pouvoir d'appréciation dont les États jouissent en relation avec l'accès à la mort. Elle considéra que la question principale soulevée par l'affaire était celle de savoir si l'État avait manqué à son obligation de définir avec suffisamment de précision à quelles conditions les médecins pouvaient remettre une ordonnance pour un produit mortel.¹² Le fait que la Suisse soumette l'autorisation de délivrer ce genre de produit à la réglementation sur les stupéfiants (LStup et LPTh) et aux directives de l'ASSM, crée une situation d'incertitude, à même de plonger une personne dans une situation d'angoisse et de lui causer un préjudice moral.¹³

En raison de l'absence d'un cadre légal clair et compréhensible, la CourEDH conclut à une violation de l'art. 8 CEDH.¹⁴

B. Les directives de l'ASSM en matière d'assistance au suicide en institution sanitaire

Établies par une fondation privée, les directives de l'ASSM « constituent, dans le domaine médical, le reflet de l'état de la science et de la technique à un moment donné ; elles consacrent le consensus qui prévaut dans le milieu de la médecine scientifique ». ¹⁵ En 2004, l'ASSM adopta deux différentes directives qui se penchaient sur la question du suicide assisté. Elles ont depuis lors été abrogées.¹⁶ Malgré leur nature non contraignante, le Tribunal fédéral non seulement s'est référé aux directives de l'ASSM en rapport à l'accompagnement à la mort, en admettant qu'elles constituent le point de repère principal en matière de suicide assisté, mais il a aussi admis que le législateur, appelé à légiférer sur des questions médicales, puisse s'en inspirer et en tenir compte ou y renvoyer.

Dans la directive *Prise en charge des patientes et patients en fin de vie*, l'ASSM abordait l'assistance au suicide. Elle considérait que cette pratique était contraire à la mission des médecins, mais réservait l'existence d'une « situation exceptionnelle ». ¹⁷ Le médecin pouvait accepter le désir du patient sans engager sa responsabilité lorsque trois conditions étaient cumulativement remplies : « 1° la maladie dont souffre le patient permet de considérer que la fin de la vie est proche ; 2° des alternatives de traitements ont été proposées et, si souhaitées par le patient, mises en œuvre ; 3° le patient est capable de discernement. Son désir de mourir est mûrement réfléchi, il ne résulte pas d'une pression extérieure et il est persistant. Cela doit avoir été vérifié par une tierce personne, qui ne doit pas nécessairement être médecin ». ¹⁸

Gross c. Suisse, RSDIE 2014, 189 ss, 189 ss ; JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Après l'arrêt Gross c. Suisse... Que faut-il faire ?, Jusletter 18 août 2014, n° 22 ss.

¹⁴ CourEDH (n. 11), § 69.

¹⁵ ATF I 112 c. 7c/cc, in : JdT 1999 I 529 (rés.). À propos de la valeur normative des directives de l'ASSM, cf. BENEDETTA S. GALETTI, La mort provoquée – Les limitations de la réglementation légale, leurs fondements et des propositions d'alternatives, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2020, n° 1611 ss.

¹⁶ Il s'agit de la directive *Prise en charge des patientes et patients en fin de vie* et de la directive *Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance*.

¹⁷ ASSM, *Prise en charge des patientes et patients en fin de vie*, Bâle 25 novembre 2004, 9.

¹⁸ ASSM (n. 17), 9.

⁹ CourEDH (n. 7), § 56.

¹⁰ TF, 2C_9/2010, 12.4.2010.

¹¹ CourEDH, *Gross c. Suisse* du 14 mai 2013, n° 67810/10, § 62.

¹² CourEDH (n. 11), § 63.

¹³ CourEDH (n. 11), § 66. Pour une critique de cet argument, cf. HECTOR ENTENZA, La réglementation légale suisse en matière d'accès à l'assistance au suicide : Réflexions autour de l'arrêt

Dans cette directive *Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance*, l'ASSM avait aussi envisagé l'accompagnement à la mort, en posant des exigences minimales à l'assistance au suicide en institutions sanitaires. Dans sa directive, l'ASSM distinguait deux catégories de personnes âgées différentes : celles dont la prise en charge était assurée au domicile ou à l'hôpital et celles dont la prise en charge était assurée dans une institution de soins de longue durée.

Pour la première catégorie, les conditions d'accès au suicide étaient, sous réserve de la vulnérabilité de la personne nécessitant une protection accrue, les mêmes que pour tout autre patient. Pour la seconde, l'ASSM avait prévu des conditions d'accès au suicide assisté propres, afin de tenir en compte à la fois de leur dépendance et de l'impression que le suicide assisté pourrait créer chez les autres résidents. Pour ces personnes, l'institution « [devait] garantir que la personne concernée [soit] capable de discernement, que la décision de suicide ne résulte pas d'une pression extérieure, et ne [soit] pas conséquence d'examen, de traitements ou de prises en charge inadéquates, que la sensibilité des autres résidents et collaborateurs soit respectée et que le personnel ne participe à aucun moment activement au suicide du résident ».¹⁹

Il sied de souligner que dans aucun cas, l'ASSM considérait que l'institution sanitaire ait une obligation d'autoriser l'intervention d'un tiers appelé à aider l'un des résidents à réaliser ses propos suicidaires. L'ASSM admettait que l'institution soit libre de tolérer ces pratiques.²⁰

C. Les discussions au niveau cantonal et la première réglementation

En conséquence de l'adoption des directives de l'ASSM, mais surtout à la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour EDH, ainsi que des pratiques mises en place par les associations d'aide au suicide, la question de l'adoption d'une loi cantonale sur le suicide assisté s'est posée.

La plupart des cantons suisses a maintenu sa propre législation dans le domaine sanitaire. Ces cantons, dans le respect du droit à la vie et à la dignité personnelle et conformément au devoir de préserver les personnes les plus vulnérables, refusent d'imposer aux établissements sanitaires de tolérer l'intervention des associations d'aide au suicide. Certains des cantons qui ont choisi cette voie

admettent la pratique de l'assistance au suicide, sans toutefois l'avoir réglementée.²¹

À ce jour, trois cantons seulement se sont dotés d'une réglementation sur le suicide assisté des patients résidents dans les établissements sanitaires cantonaux : Vaud en 2012, Neuchâtel en 2015 et Genève en 2018. Ces lois se fondent sur la reconnaissance du droit de chacun de choisir le moment et les modalités de sa propre mort ou, plus simplement d'un « droit de mourir dans la dignité » (art. 34 al. 2 Cst./VD).

Le premier canton suisse à le faire a été le canton Vaud en 2012. Avant l'entrée en vigueur de la loi actuelle, chaque établissement déterminait librement si et dans quelle mesure une personne était en droit d'aider un de ses résidents à mourir. Toutefois, pour le Conseil d'État, la modification de la loi de 2012 n'a fait qu'encadrer ce qui était déjà possible. En effet, sur la base de la liberté personnelle (art. 9 Cst./VD) et du droit à une mort digne (art. 34 al. 2 Cst./VD), le Conseil d'État considérait que les établissements sanitaires subventionnés étaient obligés de tolérer l'assistance au suicide requise par l'un de leurs résidents.²² Les débats ont commencé suite à une initiative législative promue par l'association Exit A.D.M.D.²³

En raison des possibles abus que la formulation de la loi telle que proposée par Exit A.D.M.D. aurait pu induire, le Conseil d'État et le Grand Conseil ont proposé un contre-projet à l'initiative. Selon eux, il était nécessaire d'élaborer un cadre légal comprenant l'ensemble des établissements sanitaires, et de réaliser un juste équilibre entre la liberté personnelle et le droit à l'autodétermination, d'une part, et la nécessité de protection de personnes

¹⁹ ASSM, *Traitement et prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance*, Bâle 18 mai 2004, 15.

²⁰ ASSM (n. 17), 15.

²¹ Depuis plus de dix ans, les villes de Zurich et Berne tolèrent l'accès des associations d'aide au suicide dans les hôpitaux cantonaux (GALETTI [n. 15], n° 1468 ; DFJP, *Assistance au décès et médecine palliative : la Confédération doit-elle légiférer ?*, 24 avril 2006, 40).

²² CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, *Exposé des motifs et projet de décret constatant la validité de l'initiative « Assistance au suicide en EMS »* et ordonnant la convocation des Électeurs aux fins de se prononcer sur cette initiative et sur le contre-projet du Grand Conseil et préavis du Conseil d'État au Grand Conseil sur l'initiative populaire « Assistance au suicide en EMS » et *Projet de loi portant sur la validité de l'initiative populaire « Assistance au suicide en EMS »* et modifiant la loi du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP) par ladite initiative, avril 2011, 1 ss, 2.

²³ Afin de concrétiser l'art. 34 al. 2 Cst./VD, le 9 février 2009, cette organisation a en effet déposé une initiative législative, munie de 14'067 signatures valables, intitulée *Assistance au suicide en établissements médico-sociaux (EMS)*. L'initiative demandait d'inscrire dans la loi sur la santé publique vaudoise l'obligation pour l'EMS bénéficiant de subventions publiques d'admettre, sur demande de l'un des résidents, l'accès des associations d'aide au suicide.

fragilisées et vulnérables, d'autre part. Il fallait en particulier prendre en compte « le risque qu'une personne puisse se sentir mise sous pression ». ²⁴ Il fallait aussi neutraliser « l'influence des proches, le risque de prosélytisme ou de dérive commerciale de certaines associations ». ²⁵ Il fallait enfin éviter que certaines personnes puissent avoir « le sentiment d'être une charge pour leurs proches ou encore qu'un état dépressif momentané puisse générer des demandes d'assistance au suicide qui ne sont pas la réelle expression d'une personne libre ». ²⁶ C'est pour ces raisons que le Conseil d'État et le Grand Conseil ont élaboré un contre-projet. C'est ce contre-projet qui fut accepté par 61,6 % des voix le 17 juin 2012.

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, l'art. 27d LSP/VD prévoit que les établissements sanitaires d'intérêt public ²⁷ ne peuvent refuser un suicide assisté d'un de leurs résidents, si, au cours d'une procédure interne à l'établissement, quatre conditions sont remplies (art. 27 al. 1 LSP/VD et art. 3 Directives LSP/VD) : 1^o Le patient est capable de discernement et sa volonté de mourir est persistante ; 2^o il souffre d'une maladie ou de séquelles d'accident, graves et incurables ; 3^o des alternatives, en particulier liées aux soins palliatifs, ont été proposées et, si le patient le souhaitait, mises en œuvre ²⁸ ; 4^o le patient ne dispose pas d'un logement extérieur ou on ne peut raisonnablement attendre de lui qu'il y retourne. ²⁹ On exige cette condition uniquement dès lors que l'établissement en cause est un hôpital, et non quand l'établissement en cause est un EMS.

Lorsque le médecin responsable prend une décision positive et que le patient maintient sa volonté de mourir,

il est possible d'organiser et de mettre en œuvre le suicide assisté. Trois autres conditions doivent être précisées (art. 27d al. 5 et 6, art. 149 al. 2 LSP/VD et 6 Directives LSP/VD) : 1^o le personnel de l'établissement et le médecin responsable ou traitant impliqués ne peuvent pas participer, à titre professionnel, à la procédure de mise en œuvre d'une assistance au suicide ; 2^o le médecin responsable doit s'assurer que le moyen employé est soumis à prescription médicale ; 3^o dans les 48 heures suivant le suicide assisté, le responsable d'exploitation doit informer de façon anonymisée le médecin cantonal en transmettant l'âge, le sexe et la pathologie qui a justifié l'assistance au suicide.

Il s'ensuit de la première condition que le personnel soignant peut participer au suicide assisté à titre privé. Dans ses directives relatives à l'assistance au suicide des personnes âgées en état de dépendance, résidentes dans les établissements de long séjour (*supra* II.B.), l'ASSM prévoyait que le personnel soignant ne puisse participer au suicide assisté, que ce soit à titre professionnel comme à titre privé. La solution adoptée par la réglementation vaudoise a le mérite de tenir en compte le fait que, suite à un séjour plus ou moins long, il se soit peut-être instauré un rapport étroit, même d'amitié entre un ou plusieurs membres de l'équipe soignante et le patient, mais aussi le fait que l'équipe soignante ne veuille pas participer à un acte allant à l'encontre de ses valeurs et croyances. À notre sens, la solution adoptée par le canton de Vaud respecte d'avantage la sensibilité de l'équipe soignante qui peut au final choisir soit d'accompagner au suicide assisté, en tant que personne et non pas en tant que soignant, soit de se distancer de cette pratique. En même temps, la présence d'un ou des autres membres de l'équipe soignante lors de l'acte, pourrait être mal interprétée par le reste du personnel et les résidents de l'institution.

Prévue à l'art. 27d al. 6 LSP/VD, la deuxième condition impose, afin d'éviter une agonie prolongée et des souffrances inutiles, que le médecin responsable de l'établissement doit s'assurer que le tiers intervenant dans l'assistance au suicide, l'aura organisé suivant l'état de la science et la technique, s'agissant en particulier du choix du médicament, de la méthode utilisée, du dosage et de l'administration.

III. La réglementation de l'assistance au suicide dans le canton Neuchâtel

A. La réglementation neuchâteloise

Le 4 novembre 2014, le Grand Conseil de la République et canton de Neuchâtel a adopté une réglementation modi-

²⁴ CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD (n. 22), 6.

²⁵ CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD (n. 22), 6.

²⁶ CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD (n. 22), 6.

²⁷ Suivant l'art. 144 al. 1 LSP/VD « [s]ont considérées comme établissements sanitaires les installations servant à l'hébergement des personnes en vue de la conservation, de l'amélioration ou du rétablissement de leur santé, ainsi que les institutions dans lesquelles des soins sont dispensés à des personnes non hospitalisées, dans la mesure où le caractère thérapeutique des prestations fournies l'emporte sur tout autre aspect ». Les établissements sanitaires d'intérêt public sont les établissements sanitaires cantonaux exploités directement par l'État, les établissements sanitaires constitués en institutions de droit public et les établissements sanitaires privés reconnus d'intérêt public (art. 3 al. 1 et 2 LPFES/VD).

²⁸ CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD (n. 22), 4, considère que le personnel soignant doit s'assurer que « toutes les ressources techniques et humaines puissent être sollicitées afin d'être certain que la solution ultime est bien celle souhaitée et voulue par la personne ».

²⁹ Pour une critique de la réglementation vaudoise en matière de suicide assisté, cf. GALETTI (n. 15), n^{os} 1363 ss.

fiant la loi du 6 février 1995 de santé (LS/NE). Cette modification législative est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Le canton a été le deuxième à adopter une législation sur l'assistance au suicide en milieu sanitaire. La loi vaudoise a sans doute inspiré les choix du législateur neuchâtelois.³⁰ En effet, les conditions d'accès au suicide assisté consacrées par la loi neuchâteloise sont semblables à celles prévues par la législation vaudoise.³¹

C'est un projet de loi déposé par un groupe parlementaire qui a déclenché le processus législatif.³² Ces parlementaires de tous les partis ont souhaité garantir au d'une institution sanitaire un traitement comparable à celui d'une personne habitant chez elle.³³ Le souci était donc celui de garantir l'égalité de traitement dans l'accès au suicide, en encadrant et en uniformisant une pratique existante.

L'obligation de tolérer le suicide assisté n'incombe qu'aux institutions sanitaires reconnues d'utilité publique.³⁴ Une telle obligation n'incombe donc pas aux institutions privées qui peuvent librement décider si et dans quelle mesure elles entendent accepter de telles requêtes de leurs résidents. La réglementation neuchâteloise prévoit toutefois une limite à cette liberté. En effet, « [l]es institutions non reconnues d'utilité publique doivent informer clairement les personnes patientes ou résidentes de leur politique interne en matière d'assistance au suicide » (art. 35a al. 3 LS/NE).

B. L'arrêt de l'Armée du Salut

Après l'adoption de la nouvelle réglementation sur la santé neuchâteloise, la Fondation Armée du Salut Suisse et la Société Coopérative Armée du Salut Œuvre sociale ont soumis au Tribunal fédéral un recours demandant l'annulation de la loi neuchâteloise du 4 novembre 2014.³⁵

Lors des travaux parlementaires, l'Association neuchâteloise des établissements pour personnes âgées (ANEMPA), des institutions privées pour personnes âgées (ANIPPA) et de l'Armée du Salut avaient demandé la possibilité de prévoir un droit à l'objection de conscience ou à une dérogation à l'obligation faite aux établissements d'utilité publique d'accepter des tierces personnes souhaitant aider les résidents demandant une aide au suicide.³⁶ Elles avaient fait valoir que la loi pouvait poser des problèmes religieux ou philosophiques. Le législateur a rejeté cette demande. En effet, le processus législatif « est passé par la pesée des intérêts entre la liberté de choix d'une personne sollicitant l'aide au suicide, et la prise en considération de l'institution dans laquelle la démarche se produit ». ³⁷ Il a été reconnu que pour certaines institutions le recours au suicide assisté de leurs résidents pouvait constituer une situation difficile à accepter, mais la conclusion fût que le respect du choix individuel du résident devait prévaloir. Le seul fait d'admettre le principe d'une exception contrevenait au but de la législation, qui était de promouvoir l'égalité dans la liberté de chacun de choisir le mode et le moment de sa propre mort.³⁸

Le point central de l'arrêt touche à la résolution du conflit entre différents droits fondamentaux. Si, d'une part, le Tribunal fédéral admet la violation de la liberté de conscience et de croyance des institutions sanitaires qui doivent accepter en leur sein des associations d'aide au suicide appelées à réaliser les propos suicidaires des membres, d'autre part, il admet le droit de ces derniers à faire appel à des personnes prêts à les aider. Toutefois, avant d'arriver à ce point, le Tribunal fédéral a été contraint de passer de la liberté à choisir le moment et les modalités de sa propre mort, qu'il avait reconnu dans les arrêts Haas et Gross (*supra* II.A.1. et II.A.2.), à un véritable droit subjectif d'obtenir de l'aide pour mettre fin à ses jours (III.B.1.). C'est seulement ensuite qu'il aborde le conflit des droits fondamentaux qui résulte de l'obligation

³⁰ COMMISSION SANTÉ – ASSISTANCE AU SUICIDE, Rapport du 27 mars 2014 au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification à la loi de santé (assistance au suicide), 1 ss, 4.

³¹ Pour cette raison, les critiques qu'on peut soulever à l'encontre des conditions d'accès au suicide assisté posé par la réglementation neuchâteloise sont similaires à celles qu'on peut formuler pour la réglementation vaudoise. À ce propos, cf. GALETTI (n. 15), n^{os} 1363 ss et 1401 ss. La différence principale entre les deux réglementations tient au fait que conformément à l'art. 35a al. 2 lit. c LS/NE, pour tout patient résident dans une institution sanitaire, quel qu'elle soit, il est nécessaire de vérifier si un domicile existe et si, le cas échéant, il est raisonnable d'exiger que le patient y retourne. La législation vaudoise impose cet examen uniquement pour les résidents d'un hôpital (*supra* II.C.).

³² Projet 14.166, Encadrement de l'assistance au suicide, 28.11.2014.

³³ COMMISSION SANTÉ – ASSISTANCE AU SUICIDE (n. 31), 1 ss.

³⁴ Selon l'art. 91 al. 1 LS/NE, « Les EMS sont des institutions qui accueillent des personnes qui sont en principe en âge de bénéficier des prestations selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, dont l'état de santé, physique ou psychique, exige de l'aide et des soins sous surveillance médicale, sans justifier un traitement hospitalier ». Ils sont reconnus d'utilité publique après avoir passé un contrat de prestations avec l'État (art. 12 ss LFinEMS).

³⁵ ATF 142 I 195.

³⁶ COMMISSION SANTÉ – ASSISTANCE AU SUICIDE (n. 31), 1 ss.

³⁷ COMMISSION SANTÉ – ASSISTANCE AU SUICIDE (n. 31), 4.

³⁸ COMMISSION SANTÉ – ASSISTANCE AU SUICIDE, Complément au rapport de la commission Santé – assistance au suicide, rapport au Grand Conseil, du 27 mars 2014, à l'appui d'un projet de loi portant modification à la loi de santé (assistance au suicide), Neuchâtel 28 août 2014, 1 ss, 2.

instaurée par la modification législative, en se demandant si la restriction de la liberté de conscience et de croyance viole la Constitution fédérale (III.B.2.). Il se questionne enfin sur les traitements différenciés des institutions reconnues d'utilité publique par rapport aux institutions privées, afin de déterminer si ces différences fondent une violation de l'égalité de traitement (III.B.3.). Ces différents aspects méritent d'être analysés et appréciés autrement (III.B.4.).

1. Le glissement de la liberté de choisir le moment et les modalités de sa propre mort au droit subjectif d'obtenir de l'aide pour mettre fin à ses jours

Après un rappel de la jurisprudence de la CourEDH, le Tribunal fédéral a confirmé l'existence « [du] droit de choisir la forme et le moment de la fin de vie fondé sur le droit à l'autodétermination [...] et la liberté personnelle [...], à tout le moins lorsque la personne concernée est en mesure de se déterminer librement et d'agir en conséquence ».³⁹

Par rapport aux deux arrêts précédents, dans lesquels il s'est limité à relever que chacun est libre de demander d'être assisté par un tiers dans la mise en œuvre de ses propos suicidaires, le Tribunal fédéral a opéré un glissement l'amenant à reconnaître un droit subjectif d'obtenir de l'aide par un tiers ainsi qu'un devoir d'abstention de la part de l'État. Il est d'ailleurs tout à fait conscient d'opérer ce glissement puisqu'il admet que le législateur neuchâtelois a « précisé les contours de la liberté individuelle et de la protection de la vie, entérinant de la sorte un glissement allant de la liberté de mettre fin à ses jours vers un droit subjectif d'obtenir de l'aide d'autrui pour ce faire ».⁴⁰

Selon le Tribunal fédéral, il ne s'agit pas d'un droit à proprement parler, mais d'une liberté qui n'impose donc pas à l'État d'organiser et de mettre en œuvre le suicide d'une personne qui veut mettre fin à ses jours.⁴¹ Le Tribunal fédéral n'admet donc pas une obligation positive à charge de l'État d'aider celui qui désire mourir. Toutefois, afin de rendre effective l'autonomie de la personne, l'État a la responsabilité d'éviter les entraves qui compromettraient cette autonomie.⁴² Il considère que c'est précisément ce que le canton de Neuchâtel a fait en édictant la loi qui permet l'accès aux tiers dans les établissements sani-

taires d'utilité publique afin d'aider les résidents à mettre en place le suicide.⁴³

Lorsqu'une personne souhaite mourir chez elle, elle peut librement avoir recours à une personne qui accepte de l'assister. Lorsqu'en revanche, une personne réside dans une institution reconnue d'intérêt public, elle dépend du bon vouloir de l'institution.⁴⁴ Afin de garantir l'effectivité du droit à la mort, il est nécessaire que l'établissement et donc, en dernière analyse, l'État, tolère un tel comportement.⁴⁵ Dans le cas contraire, le droit de choisir le moment et les modalités de la mort serait vidé de sa substance. Le Tribunal fédéral conclut ainsi qu'avec la modification législative de la loi sur la santé, « le législateur n'a fait que concrétiser, pour les personnes en institutions reconnues d'utilité publique, le droit de mourir tel qu'il existe pour les personnes n'étant pas dépendantes d'une institution ».⁴⁶ C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur neuchâtelois a ajouté une condition en rapport à celles prévues par les directives de l'ASSM (*supra* II.B.) afin de recevoir une réponse positive à sa demande de mourir, à savoir l'absence de logement de la personne en institution ou le retour dans le logement qui n'est pas raisonnablement exigible.⁴⁷

2. La violation de la liberté de conscience et croyance

Selon les recourantes, l'obligation faite aux institutions de tolérer en leur sein l'organisation d'assistance au suicide viole leur liberté de conscience et de croyance. Elles considèrent en effet la vie comme un don sacré de Dieu. L'art. 15 Cst. et l'art. 9 § 1 CEDH consacrent et garantissent le droit fondamental à la liberté religieuse. Le Tribunal fédéral rappelle que « [l]a liberté de conscience et de croyance protège le citoyen de toute ingérence de l'État qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses [...] [et] [e]lle confère au citoyen le droit d'exiger que l'État n'intervienne pas de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ses convictions religieuses ».⁴⁸ La liberté dite intérieure comprend la « liberté [...] de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps sa religion et ses convictions philosophiques » ; tandis que la liberté dite extérieure « comprend également la liberté d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions reli-

³⁹ ATF 142 I 195 c. 3.4.

⁴⁰ ATF 142 I 195 c. 4.

⁴¹ ATF 142 I 195 c. 3.4.

⁴² ATF 142 I 195 c. 3.4.

⁴³ ATF 142 I 195 c. 4.

⁴⁴ ATF 142 I 195 c. 4 et 8.

⁴⁵ ATF 142 I 195 c. 4.

⁴⁶ ATF 142 I 195 c. 4.

⁴⁷ ATF 142 I 195 c. 4.

⁴⁸ ATF 142 I 195 c. 5.1.

gieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites, ou de ne pas les partager ».⁴⁹

Le Tribunal fédéral admet que le cas particulier présente un conflit de liberté puisque « l'exercice d'un droit fondamental par une personne (voire la concrétisation d'un tel droit par une autorité à travers la poursuite d'un intérêt public) se heurte à l'exercice d'un ou plusieurs autres droits fondamentaux par une autre personne ».⁵⁰ Dès lors, poursuit le Tribunal fédéral, que la Constitution fédérale ne prévoit pas une hiérarchie entre les droits fondamentaux, il incombe au juge d'établir un juste équilibre entre les libertés en cause, en se laissant guider par les principes de l'art. 36 Cst.⁵¹ Si l'intérêt public (protection du droit à l'autodétermination des résidents et patients des institutions) et la base légale nécessaire (art. 35a LS/NE) ne font aucun doute, l'évaluation du principe de la proportionnalité est plus problématique.⁵² Il incombe de déterminer si on peut tolérer l'obligation faite aux institutions de respecter l'assistance au suicide organisée au regard de leurs convictions religieuses.

Selon la nouvelle loi neuchâteloise, l'assistance au suicide organisée au sein de l'institution reste une exception.⁵³ Et cela pour plusieurs raisons. Premièrement, dans le canton de Vaud, pionnier dans le domaine des suicides assistés dans les institutions sanitaires, les chiffres montrent qu'il s'agit d'une pratique peu fréquente. Deuxièmement, les conditions d'accès au suicide assisté posées par la réglementation sont de manière générale très strictes. L'une de ces conditions impose que la personne n'ait plus de domicile ou que le retour dans son logement ne soit pas raisonnablement exigible. Les concernés par cette condition sont uniquement les résidents sans domicile ou ceux qui maintiennent un domicile mais dont le retour chez eux serait particulièrement difficile. Le cas dans lequel le transport à domicile est impossible ne constitue pas la règle.⁵⁴

Dans les situations exceptionnelles, dans lesquelles les conditions restrictives prévues par la loi seront toutes remplies, la liberté de conscience et de croyance de l'institution sera sans doute touchée, mais d'une manière rai-

sonnable dès lors qu'elle ne sera jamais obligée de prendre part au suicide.⁵⁵ Elle sera uniquement obligée de tolérer le processus d'assistance au suicide dans son sein.

Si l'institution en cause devait ne pas accepter cet empiètement à sa liberté religieuse, elle resterait libre de renoncer aux subventions publiques et ainsi à son caractère d'utilité publique, retrouvant de ce fait sa pleine liberté de ne pas admettre l'accès à une tierce personne souhaitant aider les résidents dans leurs propos suicidaires.⁵⁶ À l'inverse, si on faisait primer la liberté de conscience et de croyance, le résident souhaitant recevoir une aide à mourir se verrait privé de manière définitive de sa liberté de choisir le moment et la forme de la fin de sa vie.⁵⁷ Pour toutes ces raisons, le Tribunal fédéral a admis que la pesée des intérêts fait primer dans la juste mesure la liberté de se suicider.⁵⁸

3. La violation de l'égalité de traitement

Selon les recourantes, la nouvelle législation violerait également l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) puisqu'elle traite de manière différente les institutions reconnues d'utilité publique et les institutions privées. Seules les premières sont contraintes d'accepter qu'en leur sein, on organise une assistance au suicide.

Sur ce point, le Tribunal fédéral rappelle qu'« une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler, ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'impose au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente ».⁵⁹ Le Tribunal fédéral rejette ainsi, comme il l'a fait avec le grief précédent, celui tiré de la violation du principe de l'égalité de traitement.

Il note que le canton de Neuchâtel ne possède aucun EMS et qu'il recourt ainsi à la conclusion des contrats de prestations avec des EMS remplissant certaines conditions.⁶⁰ Un tel contrat entraîne la reconnaissance d'utilité publique de l'institution et permet de ce fait à celle-ci d'obtenir des subventions de la part du canton.⁶¹ Le contrat peut être assorti d'obligations à la charge de l'EMS qui est donc ainsi soumis à un régime juridique distinct.

⁴⁹ ATF 142 I 195 c. 5.1. À ce sujet, voir aussi JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2003, ad art. 15 Cst., N 5 ss ; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3^e éd., Berne 2013, n^{os} 471 ss ; CAVELTI/KLEY, *St. Galler Kommentar ad art. 15 BV*, N 10 ss.

⁵⁰ ATF 142 I 195 c. 5.5.

⁵¹ ATF 142 I 195 c. 5.6.

⁵² ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁵³ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁵⁴ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁵⁵ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁵⁶ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁵⁷ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁵⁸ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁵⁹ ATF 142 I 195 c. 6.1.

⁶⁰ ATF 142 I 195 c. 6.2.1.

⁶¹ ATF 142 I 195 c. 6.2.1.

Selon une jurisprudence constante, les répercussions au niveau juridique de cette reconnaissance ne constituent pas en soi une base suffisante pour admettre l'existence d'une inégalité de traitement, et cela parce que les institutions reconnues d'utilité publique perçoivent des subventions cantonales.⁶² Il s'ensuit donc que les institutions reconnues d'utilité publique et les institutions privées ne sont pas dans la même situation et donc qu'imposer aux seules premières de tolérer l'accès de tierces personnes organisant le suicide assisté des résidents ne viole pas le principe d'égalité de traitement.⁶³

4. Une appréciation

L'arrêt du Tribunal fédéral de l'Armée du Salut constitue le dernier en date se penchant sur la question de l'existence d'un droit à la mort. À l'heure actuelle, il constitue le point de départ pour tout raisonnement en rapport à d'éventuelles modifications de lois cantonales, fédérales et des pratiques reconnues par le milieu médical.

Il est donc essentiel de bien saisir les points fondamentaux de l'arrêt et de mettre en évidence ses faiblesses. Une des plus évidente à notre sens, est le fait d'avoir méconnu que l'État a le devoir de protéger la vie humaine, indépendamment de toute autre considération en rapport à l'état de santé, d'affirmer que chaque vie est digne d'être vécue et qu'il ne revient pas au droit de s'exprimer en rapport à la qualité de la vie humaine.

L'arrêt de l'Armée du Salut se distingue bien nettement des arrêts précédemment rendus par le Tribunal fédéral dans le domaine de la mort provoquée. Sans y mettre l'accent qu'il aurait probablement dû, le Tribunal fédéral opère un véritable glissement, en passant d'une liberté de choisir le moment et les modalités de sa propre mort au droit subjectif pour en obtenir de l'aide. Ce n'est pas un changement anodin. En effet, chaque personne a la liberté de mourir. Chacun est maître de son corps et détient de ce fait le plein pouvoir de se donner la mort. Il s'agit d'une liberté factuelle. Personne ne pourrait la nier. Cette liberté signifie que si une personne essaie de se suicider mais n'y parvient pas, l'État ne la poursuivra pas. Toutefois, le Tribunal fédéral a dépassé cette liberté factuelle pour admettre un droit à se suicider, auquel l'État doit contribuer à sa réalisation.⁶⁴ Le fait que pour le moment la contribution de l'État doive se limiter à une abstention n'y change rien.

Par ailleurs, il est à nos yeux incontestable que la position, embrassée par la CourEDH et par le Tribunal fédéral, selon laquelle un droit général au suicide assisté existe, mais qu'il peut être valablement restreint ou assorti de conditions, en raison des risques qu'une libéralisation totale comporterait, ne sera pas durable. Comme l'ont mis en évidence deux juges de la Cour suprême américaine, appelée à juger de législation de Washington interdisant l'assistance au suicide, « [si] nous reconnaissons l'existence d'un droit tout en affirmant qu'un État peut en interdire totalement l'exercice, il y aurait là une sorte de mystère ».⁶⁵ En effet, « énoncer un droit n'engage à rien si on peut ensuite dire que différentes mesures sociales adoptées par les États peuvent néanmoins l'emporter sur lui ».⁶⁶ Avec le temps, la jurisprudence reconnaîtra la nécessité non seulement de respecter et protéger le droit fondamental qu'est le droit à la mort, mais aussi de le réaliser. Le fait que ce soit uniquement une question de temps a indirectement été mis en évidence même par le Tribunal fédéral. En effet ce dernier a constaté que bien que pour certains auteurs l'obligation de l'État d'aider les individus à concrétiser leur droit à la mort « semble être mûre, [...] la CourEDH n'a *pour l'instant* pas fait » ce pas.⁶⁷

En 1983 déjà, MÜLLER exposait la nécessité de réaliser les droits fondamentaux reconnus, en considérant que « à unir conception constitutive des droits fondamentaux veut que les différents droits constitutionnels représentent les fondements de l'ordre juridique que l'État doit s'employer à réaliser dans l'espace social ».⁶⁸ En se référant au droit à l'avortement, MARGUET saisit pleinement cette approche en considérant que « la réalisation implique, premièrement, de garantir à l'individu l'accès à un droit reconnu et, deuxièmement, une obligation de prestation : l'État va être obligé de fournir une prestation pour assu-

droits des malades et à la fin de vie, Paris 28 novembre 2008, audition de ROBERT BADINTER (Ministre de la justice sous le gouvernement Mitterand), 272 et 576 s., qui met en évidence que lorsqu'on admet une liberté de se suicider, on se maintient dans la sphère privée dans laquelle le suicide est une liberté individuelle, une liberté factuelle. Lorsqu'on glisse vers un droit d'être aidé à se suicider, on « traite [...] un pouvoir de fait sur soi, incontestable, comme un droit à la réalisation duquel l'État doit activement contribuer ».

⁶² ATF 142 I 195 c. 6.3 et 6.4.

⁶³ ATF 142 I 195 c. 6.4.

⁶⁴ GALETTI (n. 15), n° 1061. À ce propos, cf. ég. JEAN LEONETTI, Rapport d'information n.1287 réalisé au nom de la mission d'évaluation de la loi n. 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux

⁶⁵ DWORKIN et al., Suicide assisté : le mémoire des philosophes, in : Alberto Bondolfi/Frank Haldemann/Nathalie Maillard (éd.), La mort assistée en arguments, Chêne-Bourg 2007, 75 ss, 81. Pour plus de détails en rapport à la jurisprudence américaine dans le domaine du droit à la mort, cf. GALETTI (n. 15), n° 1056.

⁶⁶ DWORKIN et al. (n. 67), 81.

⁶⁷ ATF 142 I 195, c. 3.4.

⁶⁸ JÖRG PAUL MÜLLER, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne 1983, 9.

rer la réalisation d'un droit garanti ». ⁶⁹ Comme le dit très bien TORRIONE, à travers une telle approche, « [i]l ne s'agit donc pas seulement d'une inviolabilité qui pourrait être assurée par une abstention ; si des prestations seront nécessaires, elles pourront être exigées ». ⁷⁰

Ces considérations rejoignent celle de BESSON qui a remarqué que, si historiquement les droits fondamentaux se comprenaient comme des droits négatifs – imposant donc à l'État uniquement un devoir d'abstention –, aujourd'hui, sous l'impulsion de la jurisprudence de la CourEDH, les droits fondamentaux ont acquis une nouvelle dimension, désormais positive. ⁷¹ Ces droits exigent dorénavant des autorités étatiques d'intervenir activement afin de les réaliser. ⁷² Bien que ces développements se soient réalisés à travers l'intervention de la CourEDH, le Tribunal fédéral reprend le principe des obligations positives incombant à l'État. ⁷³

En rapport à l'accès des associations d'aide au suicide dans les institutions sanitaires et au potentiel conflit des droits fondamentaux, à évaluer sous l'angle de l'art. 36 Cst., à notre sens, le Tribunal fédéral a omis de mettre en évidence un certain nombre d'aspects qui pourtant restent essentiels.

Lorsque le Tribunal fédéral s'est questionné sur le sujet de l'intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.), il a considéré cette condition remplie puisqu'il s'agit de protéger le droit à l'autodétermination de chaque personne. ⁷⁴ À notre sens,

le Tribunal fédéral a complètement mis de côté d'autres intérêts publics qui auraient dû pourtant être pris en compte. Selon BORGHI, l'intérêt public en cause serait triple : protéger ceux qui aspirent au suicide alors que leur état de santé pourrait les rendre vulnérables et les priver de la liberté et de la conscience nécessaire ; protéger le droit à l'autodétermination et la sensibilité du reste des patients ainsi que du personnel soignant ; et sauvegarder les buts propres aux institutions sanitaires. ⁷⁵

À notre sens, il faut aussi et surtout se demander pourquoi la Cour n'a pas pris en considération l'intérêt public consistant à affirmer que chaque vie est digne d'être vécue. Et pourquoi n'a-t-il pas pris en considération l'intérêt public de ne pas entrer en contradiction avec l'obligation qu'incombe à l'État de protéger la vie, indépendamment des considérations concernant l'état de santé des personnes ? Et, encore, pourquoi n'a-t-il pas pris en considération l'intérêt de l'État de ne pas faire le tri entre les vies qui valent la peine d'être vécues et celles au contraire qui ne le valent pas ? Pourquoi n'a-t-il pas considéré l'intérêt public lors de sa décision de ne pas donner le pouvoir aux associations d'aide au suicide, de décider de la vie et de la mort des gens ? Pourquoi il n'a pas considéré l'intérêt public à ne pas donner aux associations d'aide au suicide le pouvoir de décider de la vie et de la mort des gens ? Pourtant, cet intérêt existe, puisqu'en conférant aux individus ce que certains appellent un droit à mourir dignement, on confèrera à quelqu'un d'autre le droit de les aider à mourir. ⁷⁶ Et, enfin, pourquoi le Tribunal fédéral n'a-t-il pas pris en compte (ou tenu compte de) l'intérêt de ne pas mettre en danger les personnes les plus vulnérables et les plus fragiles ? Les personnes âgées ou malades qui vivent des situations d'abandon ou une prise en charge thérapeutique inadéquate seront les candidats idéaux à l'assistance au suicide. Face à cette nouvelle possibilité, elles pourront faire l'objet de pressions qui leur imposeront de justifier leur désir de continuer à vivre. ⁷⁷ Même lorsque la personne

⁶⁹ LAURIE MARGUET, Les lois sur l'avortement (1975–2013) : une autonomie procréative en trompe-l'œil ?, La Revue des droits de l'homme 2014/5, 1 ss, n° 7. Pour plus de détails, cf. GALETTI (n. 15), n° 1059.

⁷⁰ HENRI TORRIONE, Regards sur le suicide dans les sociétés où la conception libérale de la justice et du droit est devenue un fondamentalisme de la liberté, in : François-Xavier Putallaz/Bernard N. Schumacher (éd.), Le suicide – Regards croisés, Paris 2019, 81 ss, 87. Pour plus de détails, cf. GALETTI (n. 15), n° 1059.

⁷¹ SAMANTHA BESSON, Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, in : Franz Werro (éd.), Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, Zurich/Bâle/Genève 2006, 1 ss, 19 ss. Dans le même sens, cf. également MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, PJA 2002, 1131 ss, 1131 ss.

⁷² BESSON (n. 71), 21 ss ; SAMANTHA BESSON, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, RDS 2003, 47 ss, 49 ss ; MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte der Grundrechte, Berne 2002, 276 ss.

⁷³ ATF 119 Ia 28 c. 2, in : JdT 1995 I 516 ; 126 II 300, in : JdT 2001 I 674. Le devoir de l'État de réaliser les droits fondamentaux à travers des prestations positives se fonde sur l'art. 35 al. 1 Cst. (FF 1997 I 194).

⁷⁴ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁷⁵ MARCO BORGHI, L'art. 115 CP tra rispetto dell'autonomia individuale e esigenza di regolamentazione, in : COMEC (éd.), I quaderni della COMEC – Il suicidio assistito in ambito ospedaliero, Lugano 2005, 26 ss, 41 ss ; MARIE CHERUBINI, Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2016, n° 441.

⁷⁶ À propos de tous ces aspects, cf., BENEDETTA S. GALETTI, L'assistance au suicide organisée : Quelle place donner au droit?, sui-generis 2020, 76–93, n° 59 ss.

⁷⁷ Les pressions peuvent être directes, comme celles que reportent déjà à l'heure actuelle les praticiens, selon lesquels lorsque la maladie se prolonge, les proches demandent aux médecins d'intervenir (LUCIEN ISRAËL, Contro l'eutanasia, Turin 2007, traduit du français (Les dangers de l'euthanasie, Genève 2002), par MARINA NAZZARO, 122). Les pressions

ne sera pas victime de pressions, il n'y a aucune garantie que la demande de mourir soit l'expression d'une volonté libre. En effet, le simple fait qu'elle ait la possibilité de choisir parmi les deux alternatives, vivre ou mourir, prive la personne de rester en vie comme une option simplement donnée. En d'autres mots, la personne devra choisir entre l'alternative et le *statu quo*, mais elle ne pourra plus avoir celui-ci par défaut. Le droit de mourir risquerait ainsi de devenir un devoir de mourir.⁷⁸ Pourquoi donc le Tribunal fédéral n'a-t-il pas mis en évidence que l'aval étatique que la réglementation neuchâteloise implique risque de mettre en péril un grand nombre de personnes déjà vulnérables, alors que le nombre qui en bénéficierait serait quant à lui moindre ? En effet, une telle libéralisation compromet le droit de ne pas être tué pour un nombre beaucoup plus élevé de personne que celui auquel le droit antérieur refusait le supposé droit d'être aidé à mourir.⁷⁹

Pourtant, bon nombre de ces aspects avaient été directement ou indirectement pris en considération par la Confédération lorsque, à plusieurs reprises, elle s'était posée la question de savoir si une réglementation fédérale en matière de suicide assisté était nécessaire. C'est précisément sur la base de ces considérations qu'en 2011, le Conseil fédéral avait décidé à faveur du *statu quo*.⁸⁰ Il était conscient du risque d'une telle réglementation, en considérant que « [c]ette légitimation enverrait à la population le message selon lequel certaines vies sont dignes de protection et d'autres non, ce qui relativiserait l'intangibilité de la vie humaine [...] [et] aurait un effet incitatif ».⁸¹

Lorsque le Tribunal fédéral analyse la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), il met en évidence plusieurs points pour

ainsi conclure que la restriction de la liberté de conscience et croyance est proportionnée. À notre sens, ses considérations appellent plusieurs remarques.

Le Tribunal fédéral considère que l'assistance au suicide en milieu sanitaire restera un fait exceptionnel. À ce propos, il se réfère aux chiffres dans le canton de Vaud.⁸² Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, selon les statistiques de la Direction générale de la santé du canton de Vaud, le nombre de suicides assistés a augmenté de 129 % (52 effectués en 2012 contre 119 en 2018), alors que le nombre total de décès dans le canton de Vaud est resté quasiment stable durant cette période. La proportion de l'assistance au suicide (comprenant la totalité des assistances réalisées) par rapport au nombre total de décès dans le canton, a plus que doublé en 6 ans. En effet, en 2012, les assistances au suicide représentaient 0.94 % des décès dans le canton de Vaud, alors qu'elles représentaient 2.07 % en 2018. Les statistiques démontrent également une augmentation de 59 % du nombre de membres vaudois chez Exit A.D.M.D, durant la même période (7'631 membres en 2012 contre 12'148 en 2018). En parallèle, le nombre total de demandes d'assistance au suicide formulées à Exit A.D.M.D. et acceptées, a augmenté de 107 % (144 en 2012 contre 299 en 2018).⁸³

Le Tribunal fédéral considère en outre que l'assistance au suicide dans le milieu sanitaire restera une exception puisque les conditions posées par le législateur pour y accéder sont très strictes.⁸⁴ À ce propos, il est probablement utile de mettre en évidence que les conditions d'accès au suicide assisté posées par la réglementation neuchâteloise sont bien plus larges que celles prévues par l'ASSM (*supra* II.B.). En effet, elles permettent l'accès à l'assistance au suicide à plusieurs catégories de personnes supplémentaires (dont notamment les personnes atteintes de polypathologie et celles qui souffrent de troubles psychologiques et psychiatriques) que ne remplissaient pas les conditions exigées par l'ASSM.⁸⁵

peuvent également être indirectes. On peut notamment imaginer la situation dans laquelle en dépit de souhaits exprimés par la personne, ses proches décident de la transférer dans un EMS. Ce changement pourrait être vécu comme un abandon et la personne pourrait développer un désir de mourir, en considérant la mort préférable à une vie qu'elle n'a pas choisie et qui lui impose de se séparer de sa communauté pour vivre parmi des inconnus (EUGENIO LECALDANO, *Bioetica – Le scelte morali*, Bari 1999, 15). On peut aussi mentionner la situation dans laquelle le personnel soignant évoque la possibilité concrète de recourir au suicide (GALETTI (n. 15), n° 759).

⁷⁸ GALETTI (n. 15), n° 757 ss.

⁷⁹ «[t]he right not to be killed would be catastrophically nullified for very many more people than the few whose supposed right to die is compromised by present law» (JOHN FINNIS, *Euthanasia, Morality and Law*, Loyola of Los Angeles Law Review 1997–1998/31, 1123 ss, 1138).

⁸⁰ À propos des tentatives politiques en faveur d'une nouvelle réglementation au niveau suisse de l'euthanasie et de l'assistance au suicide, qui ont commencé dans les années 1970, cf. GALETTI (n. 15), n° 1802 ss.

⁸¹ Communiqué de presse du Conseil fédéral, Assistance au suicide : renforcer le droit à l'autodétermination, 29 juin 2011.

⁸² ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁸³ De manière plus générale, au niveau suisse, il est possible de remarquer que bien plus de membres sont des femmes (66 % contre 34 % d'hommes) et que cela se reflète sur le nombre de suicides assistés accomplis (173 femmes contre 126 hommes). L'âge moyen des personnes qui sont mortes avec l'aide d'Exit A.D.M.D est de 77 ans. La première cause qui fonde les demandes reste le cancer, tandis que la deuxième est, à partir de 2012, la polypathologie invalidante (Interne : <https://www.exit-romandie.ch/files/1598440238-stat-exit-2018-1527.pdf>, consulté le 23 février 2021).

⁸⁴ ATF 142 I 195, c. 5.7.

⁸⁵ À propos des différences entre les conditions d'accès au suicide assisté posées par les réglementations cantonales et celles de l'ASSM, cf. GALETTI (n. 15), n° 1466 ss.

À ce propos, le Tribunal fédéral met aussi l'accent sur le fait que l'une des conditions impose que la personne n'ait plus de domicile ou que son retour dans son logement ne puisse pas être raisonnablement exigé.⁸⁶ Cette condition rendrait l'assistance au suicide en milieu sanitaire un véritable fait exceptionnel. Il est vrai qu'il semble qu'à chaque fois que le résident dispose d'un logement, le suicide devrait être organisé chez lui. Toutefois, même lorsque le résident a maintenu un logement extérieur, il faut encore déterminer s'il est raisonnablement exigible de lui imposer de rentrer chez lui afin d'être assisté au suicide. Déterminer si on peut exiger le retour chez soi n'est toutefois pas si simple. Il s'agit en effet d'une notion indéterminée qui nécessite une évaluation de cas en cas. L'interprétation qui en est faite risque de varier selon la sensibilité de la direction de différents établissements. Si l'état de santé du patient peut faire apparaître le retour à son domicile irraisonnable, sans qu'on ait de doutes sur ce point, d'autres situations restent plus délicates. Il s'agit notamment du cas dans lequel le patient refuse de rentrer chez lui pour ne pas traumatiser les sensibilités de ses enfants ou de ses proches, ou encore parce que, depuis des mois, voire des années, il vit son quotidien à l'intérieur de l'établissement dans lequel il se sent désormais chez lui.

Le Tribunal fédéral continue son analyse de la proportionnalité en considérant que le personnel soignant n'est aucunement impliqué dans la procédure conduisant à l'assistance au suicide d'un des résidents.⁸⁷ À ce propos, il sied de relever qu'une étude menée par le Service de la santé vaudois publiée une année après l'entrée en vigueur de la loi a mis en évidence que certains professionnels de la santé vivent l'assistance au suicide « comme une responsabilité qui dépasse leurs missions et qui est en contradiction avec celles d'une institution des soins ».⁸⁸ En effet, en dépit de ce qu'il semble ressortir de la réglementation, l'implication du personnel soignant, même indirecte et partielle, est inévitable.⁸⁹ Il suffit de penser que, lorsqu'il est saisi d'une demande d'assistance au

suicide d'un résident, le médecin responsable doit vérifier si les conditions posées par la loi sont remplies. S'il ne le fait pas dans un délai raisonnable, le résident peut porter plainte. Lorsque le médecin responsable considère que les conditions sont remplies et que donc l'assistance au suicide peut avoir lieu, l'équipe soignante peut alors être appelée à garantir un suivi palliatif et à participer aux gestes préparatoires nécessaires à la mise en place du suicide (notamment pose d'une voie veineuse). Le médecin responsable devra alors vérifier une dernière fois que le résident dispose de la capacité de discernement nécessaire. L'équipe soignante est ensuite appelée à informer le médecin de la survenance de la mort et une fois celle-ci constatée par le médecin légiste, à organiser le transport du corps à la morgue. Le médecin responsable devra enfin informer la police. Pour quelqu'un qui est censé ne pas participer au suicide assisté, il semble que l'implication du médecin et de l'équipe soignante en général ne soit pas moins négligeable. Il est évident que si le droit d'obtenir de l'aide pour se suicider n'impose qu'un devoir d'abstention à l'État, pour garantir l'effectivité de ce droit, l'État est tenu de mettre en place plusieurs prestations positives.

Le Tribunal fédéral conclut son analyse en rapport à la proportionnalité, en constatant que chaque institution reconnue d'utilité publique peut se libérer de l'obligation de tolérer les suicides assistés de ses résidents en renonçant à son caractère d'utilité publique.⁹⁰ Ce que par contre le Tribunal fédéral semble oublier, est que si une institution devait accomplir un tel choix, elle risquerait de disparaître. En effet, les subventions cantonales sont souvent conséquentes et y renoncer pourrait signifier devoir arrêter ses activités⁹¹. Placer l'institution face à un tel dilemme, ne nous semble pas vraiment lui donner le choix.

De manière générale il nous paraît que la proportionnalité serait respectée si on admettait l'obligation négative de ne pas entraver les propos suicidaires de la part de l'institution dans laquelle la personne souhaite mourir seulement lorsqu'il n'y aurait aucune autre institution prête à accueillir l'aspirant suicidant en sachant que le transfert n'est qu'un préalable au déclenchement du processus amenant à l'assistance au suicide. En d'autres termes, l'institution ne devrait accepter l'intervention d'une association d'aide au suicide dans ses murs uniquement lorsqu'il n'y aurait pas une autre institution prête à le faire et dans laquelle le pa-

⁸⁶ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁸⁷ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁸⁸ CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil sur le postulat Véronique Hurni et consorts concernant l'assistance au suicide dans les hôpitaux et les EMS – Quelle aide pour les soignants ?, août 2014, 1 ss, 2.

⁸⁹ La procédure d'assistance au suicide décrite ci-après est celle prévue par l'Hôpital neuchâtelois. Puisque le Conseil d'État neuchâtelois a décidé de ne pas rédiger de directives afin de régler les modalités d'application du nouveau art. 35a LS/NE, chaque établissement reste donc libre de mettre en place un processus d'assistance au suicide pour autant qu'il soit conforme au nouveau cadre légal. Pour plus de détails, cf. GALETTI (n. 15), n^{os} 1384 ss.

⁹⁰ ATF 142 I 195 c. 5.7.

⁹¹ L'institution ne recevrait plus les subventions destinées à couvrir les frais socio-hôtelières. Quant aux autres subventions, ces dernières ne pourraient être supprimées que si l'institution n'était plus intégrée à la planification sanitaire, contribuant de ce fait à couvrir les besoins sanitaires du canton. Pour plus de détails, cf. CHERUBINI (n. 75), n^{os} 62 ss.

tient pourrait être transféré. Puisque la plupart des associations d'aide au suicide disposent de locaux expressément destinés à la mise en place de suicides assistés, la possibilité du transfert devrait être évaluée aussi en rapport à l'association qui est censée intervenir.

Enfin, lorsque le Tribunal fédéral s'est questionné en rapport au respect du principe de l'égalité de traitement, il considère que celui-ci n'est pas violé puisque l'EMS est une organisation privée chargée d'une tâche d'utilité publique et perçoit à ce titre des subventions.⁹² Puisque les institutions non reconnues d'utilité ne reçoivent pas de subventions, un traitement différencié de ces deux types d'entités ne viole pas le principe d'égalité.⁹³ À ce propos, le Tribunal fédéral reprend la jurisprudence déjà consacrée en matière d'application d'un régime juridique distinct aux EMS reconnus d'utilité publique par rapport aux autres EMS. Dans un arrêt neuchâtelois, il avait en effet considéré que les EMS reconnus d'utilité publique qui bénéficient de subventions cantonales, non seulement renoncent en échange, contrairement aux autres établissements, au plein exercice de leur liberté économique, mais acceptent aussi de se soumettre à des contrôles et modalités de gestion.⁹⁴ Dans un arrêt vaudois, le Tribunal fédéral avait considéré que les EMS ne peuvent valablement invoquer le principe de l'égalité de traitement pour « contester que la reconnaissance d'un statut « d'intérêt public » – dont dépend l'octroi de subventions – soit soumise à des conditions ».⁹⁵

IV. La réglementation de l'assistance au suicide dans le canton de Genève

La réglementation de l'assistance au suicide dans le canton de Genève est la dernière en date. Elle revêt un intérêt particulier car elle est non seulement le fruit d'un débat qui a duré environ dix ans, mais, bien qu'elle reprenne pour l'essentiel la réglementation vaudoise, elle contient des spécificités que celle-ci ne contient pas. Ces spécificités concernent la procédure et les conditions d'accès au suicide assisté. Elles sont importantes car elles révèlent les développements futurs qui pourraient voir le jour, là où on a déjà une législation et là où on le fera.

L'analyse qui suit se concentre sur les débats qui ont conduit à la reconnaissance du droit de mourir pour les patients des établissements sanitaires (IV.A.), la modification législative de 2018 (IV.B.) et une appréciation (IV.C.).

A. Les débats avant la nouvelle réglementation

Bien que les premiers cas d'assistance au suicide ne soient survenus qu'à la fin des années huitante⁹⁶, le canton de Genève est probablement, avec le canton de Vaud, celui dans lequel sont enregistrés le plus de suicides assistés en Romandie.⁹⁷ En 2014, Exit A.D.M.D. a déclaré avoir accompagné à Genève quarante personnes.⁹⁸ Les requêtes de suicide assisté sont de plus en plus fréquentes. Elles représentent désormais une réalité presque quotidienne pour les soignants, même si les assistances au suicide au sein des institutions sanitaires ne constituent qu'un phénomène réduit. En effet, entre 2001 et 2014, seuls 32 cas ont été enregistrés.⁹⁹

Il revient au Conseil d'éthique clinique des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) d'avoir lancé le débat. La prise de position s'est faite en plusieurs étapes. En 2002, le Conseil d'éthique clinique a fait l'objet d'une demande d'un des résidents de l'hôpital de Beau-Séjour qui, atteint d'un cancer en phase terminale, demandait une aide au suicide. Il a répondu par la négative en se fondant sur la mission de l'hôpital qui est celle de soigner et non de donner la mort. Le patient a donc quitté l'établissement afin de mettre en exécution son projet.¹⁰⁰

Par la suite, en août 2006, le Conseil d'éthique clinique des HUG a émis des recommandations. Il a estimé qu'il n'était pas dans la mission des hôpitaux de donner la mort en tant que finalité, mais qu'en même temps, il n'était pas possible de limiter « le droit à l'accès à une assistance au suicide dans ses murs ». ¹⁰¹ Il a retenu qu'il s'agirait d'« une prise de pouvoir illégitime sur [l]a vie [des patients] » ¹⁰² et fait valoir que les hôpitaux sont des « lieu[x] potentiel[s] d'assistance au suicide » qu'ils doivent de ce fait prendre une position claire en rapport à leur attitude vis-à-vis du suicide assisté. ¹⁰³ S'agissant des hôpitaux qui veulent autoriser cette pratique, le Conseil d'éthique clinique a recommandé de le faire uniquement si les conditions posées à l'époque par l'ASSM (*supra* II.B.) soient remplies. ¹⁰⁴ Il a

⁹² ATF 142 I 195 c. 6.3.

⁹³ ATF 142 I 195 c. 6.4.

⁹⁴ ATF 138 II 191 c. 4.4.2.

⁹⁵ TF, 2C_656/2009, 24.7.2010, c. 4.3.

⁹⁶ SANDRA ESTER BURKHARDT, L'assistance au décès à l'aube du XXI^{ème} siècle, thèse, Genève 2011, 118.

⁹⁷ BURKHARDT (n. 97), 108.

⁹⁸ GRAND CONSEIL DU CANTON DE GENÈVE (n. 3), 1.

⁹⁹ GRAND CONSEIL DU CANTON DE GENÈVE (n. 3), 3.

¹⁰⁰ BURKHARDT (n. 96), 108.

¹⁰¹ CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE, Autorisation/interdiction de l'assistance au suicide au sein des HUG, Genève 30 juin 2006, 1 ss, 1.

¹⁰² CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE (n. 101), 18.

¹⁰³ CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE (n. 101), 8.

¹⁰⁴ CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE (n. 101), 16 s.

en outre considéré qu'il fallait que le patient n'ait pas ou plus de domicile ou qu'on ne puisse pas exiger le retour au domicile.¹⁰⁵

En octobre 2009, le Conseil d'éthique de la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (FEGEMS) a émis des recommandations sur l'assistance au suicide dans les EMS. La prise de position avait la teneur suivante : « [l]e suicide est une liberté, mais pas un droit qui engage les autres ».¹⁰⁶ Ce Conseil a par ailleurs admis qu'un EMS peut librement décider de tolérer le suicide assisté en son sein. Dans ce cas, il a énuméré un certain nombre de recommandations destinées aux EMS qui se rapprochent nettement de celles énoncées par le Conseil d'éthique clinique des HUG.¹⁰⁷

En octobre 2015, Bénédicte Montant, conseillère parlementaire libérale-radical, a adressé une question écrite au Conseil d'État genevois, en demandant des éclaircissements sur la situation du suicide assisté à Genève.¹⁰⁸ Le pouvoir exécutif a rappelé la position des HUG ainsi que celle de la FEGEMS, et a déclaré s'aligner sur la position exprimée par la Confédération pour qui une réglementation relative au suicide assisté n'est pas nécessaire.¹⁰⁹

Le 4 avril 2016, 19 députés au Grand Conseil ont présenté un Projet de loi visant à garantir le droit à l'autodétermination en matière de droit au suicide assisté dans les hôpitaux et les EMS.¹¹⁰ Ce projet a retenu comme objectif d'« introduire de la rationalité et de l'objectivité dans un domaine où les émotions et les sentiments religieux occupent encore [...] une grande place » et d'établir ainsi un impératif absolu dans le domaine médical, à savoir celui de respecter le droit à l'autodétermination des patients, tout comme on « respecte [...] le choix de la femme enceinte souhaitant avorter ».¹¹¹

Pendant les discussions qui ont suivi ce Projet de loi, la FEGEMS a promulgué de nouvelles directives au sujet de l'assistance au suicide en EMS. Encore une fois, elle a admis la liberté des EMS de tolérer cette pratique, mais elle n'a aucunement envisagé qu'ils pouvaient y être contraints. Chaque établissement restait donc libre de « s'oppos[er] à une assistance au suicide dans ses murs, quelles qu'en soient les raisons (religieuses ou philosophiques) ».¹¹² La FEGEMS a mis au contraire l'accent sur le devoir de protection des EMS envers ses résidents et la

thanasie renforce la liberté individuelle et [...] le refus de légaliser l'euthanasie exprime un blocage semblable à celui qui divisait la société au moment de la dépénalisation de l'avortement » (SYLVAIN PELLUCHON, Soins palliatifs : les conditions de l'amélioration d'un dialogue soigné/soignant, in : Collectif Plus digne la vie [éd.], Légiférer en faveur de l'aide active à mourir ?, Paris 2011, 25 ss, 29). Pourtant, mettre en parallèle l'euthanasie et l'avortement ne va pas sans susciter certaines critiques. En effet, « la dépénalisation de l'avortement obéissait surtout à un enjeu de santé publique visant à éviter les conséquences dramatiques générées par les avortements clandestins » (PELLUCHON, [n. 111], 29). L'avortement n'est donc pas « d'abord une question d'autonomie », comme c'est le cas des moyens de contraception. La réglementation de l'avortement a été par contre présentée comme « un moindre mal quand la femme enceinte s'estime placée dans une situation de détresse et son encadrement est préférable aux avortements clandestins réalisés dans des conditions sanitaires déplorables pouvant entraîner la mort de la personne » (PELLUCHON, [n. 111], 29). Sur la base de ces considérations relatives aux raisons qui ont poussé à la dépénalisation de l'avortement, la question qu'on peut se poser est celle de savoir « [q]ui peut décemment soutenir que la légalisation de l'euthanasie est un enjeu de santé publique comme l'étaient les conséquences des avortements clandestins avant 1974 ? Va-t-on avoir le culot de nous expliquer que le mal-mourir est dû à l'absence de légalisation de l'euthanasie ? Va-t-on avoir l'indécence de nous affirmer que l'euthanasie est la solution à la solitude de la fin de la vie ? » (LOUIS PUYBASSET, Euthanasie : la nausée des soignants, espace-éthique 2007/4, 1-4, 3). De manière plus générale, on peut relever que même les détracteurs de la mort provoquée se réfèrent à la dépénalisation de l'avortement afin de donner de la substance à leur thèse, en se fondant notamment sur les changements dans la manière de percevoir l'interruption de grossesse, par la population et par les médecins (JOHN KEOWN, Against Decriminalising Euthanasia ; For Improving Care, in : Peter Cane [éd.], Debating Euthanasia, Oxford/Portland 2012, 83 ss, 116 s.). En effet, plusieurs de ceux qui avaient été favorable à la libération de l'interruption de grossesse, ont admis qu'ils se sont trompés en sous-estimant les effets d'un tel changement législatif. La nouvelle réglementation avait créé de nouvelles relations, des institutions, des obligations professionnelles et amené à des changements dans l'éthique, dans les pratiques, dans la disposition des médecins et de la population dans son ensemble (FINNIS [n. 79], 1132).

¹⁰⁵ Selon le CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE DES HÔPITAUX UNIVERSITAIRES DE GENÈVE (n. 101), 2 et 21, il n'est not. pas raisonnablement exigible de considérer le retour au domicile en cas de « danger du transport, moyens disproportionnés pour assurer ce transport ».

¹⁰⁶ FEGEMS, Assistance au suicide dans les EMS – Recommandations du Conseil d'éthique de la Fegems, Genève 14 octobre 2009, 1 ss, 1.

¹⁰⁷ FEGEMS (n. 106), 4 s.

¹⁰⁸ BÉNÉDICTE MONTANT, Assistance au suicide à Genève: quelle est la situation à Genève ?, question (371-A) du 28 septembre 2015.

¹⁰⁹ GRAND CONSEIL DU CANTON DE GENÈVE, Réponse à Mme Bénédicte Montant : Assistance au suicide à Genève : quelle est la situation à Genève ?, 1 ss, 3 ss.

¹¹⁰ GRAND CONSEIL DU CANTON DE GENÈVE (n. 3), 1.

¹¹¹ GRAND CONSEIL DU CANTON DE GENÈVE (n. 3), 12 s. Les partisans de la mort provoquée mettent souvent sur le même plan la question de la mort provoquée et celle de l'avortement. Dans ce sens, ils semblent considérer que « une loi dépénalisant l'euthanasie renforce la liberté individuelle et [...] le refus de légaliser l'euthanasie exprime un blocage semblable à celui qui divisait la société au moment de la dépénalisation de l'avortement ».

¹¹² FEGEMS, Assistance au suicide dans les EMS – Recommandations du Conseil d'éthique de la Fegems, Genève mars 2017, 1 ss, 9.

nécessité d'un accompagnement à la mort qui se fonde sur la communication et l'empathie.¹¹³

Après deux ans de discussions parlementaires, le Parlement genevois a voté le 24 mai 2018 et adopté le nouvel art. 39A LS/GE, qui garantit désormais le droit au suicide assisté.

B. La réglementation genevoise du suicide assisté dans les établissements sanitaires

À quelques différences terminologiques près, la réglementation genevoise reprend presque complètement l'art. 27 LSP/VD (*supra* II.C.).

Les institutions sanitaires sont contraintes d'accepter la requête d'un de leurs résidents souhaitant être aidé à mourir par une personne externe à l'institution et de permettre l'acte dans leur sein, lorsque les trois conditions suivantes sont cumulativement remplies : 1° la personne est capable de discernement et la demande d'aide au suicide est persistante (art. 39A al. 1 lit. a LS/GE) ; 2° elle « souffre d'une maladie ou de séquelles d'accident, graves et incurables » (art. 39A al. 1 lit. a LS/GE) ; 3° « des alternatives, en particulier celles liées aux soins palliatifs, ont été discutées avec le patient ou le résident » (art. 39A al. 1 let. b LS/GE).

Par rapport aux législations vaudoise et neuchâteloise, les conditions d'accès au suicide assisté ne sont qu'au nombre de trois. Celle relative à l'absence de logement ou à sa réintégration a disparu. La réglementation réserve toutefois la possibilité pour le médecin responsable de refuser la demande d'assistance au suicide au cas où le patient dispose d'un logement extérieur et que l'on peut raisonnablement exiger qu'il y retourne (art. 39A al. 5 LS/GE).

Bien que prévue, la procédure n'est pas aussi détaillée qu'elle ne l'est dans la loi vaudoise. Elle en reprend toutefois les éléments essentiels, en se distinguant toutefois sur quelques aspects. En particulier l'art. 39A al. 5 LS/GE prévoit que « [l]e personnel des établissements et les médecins [...] ne peuvent être contraints de participer à la procédure de mise en œuvre d'une assistance au suicide ». Avec cet article, le législateur genevois a reconnu le droit à ceux qui travaillent dans les établissements sanitaires de ne pas participer aux étapes qui pourraient conduire au suicide assisté d'un patient. Le droit à l'objection de conscience, expressément prévue par cette norme ne se retrouve pas dans les réglementations vaudoise et neuchâteloise. Toutefois, à notre sens, indépendamment d'une telle reconnaissance légale expresse, ce droit existe pour toute personne travaillant dans un établissement sanitaire

qui pourrait être appelée à participer à un geste préparatif ou subséquent à une assistance au suicide.

À côté de ces aspects procéduraux, la réglementation genevoise présente un aspect qui dans notre tractation est essentiel de souligner. La nouvelle réglementation impose une obligation d'accepter les requêtes de suicide assisté non seulement aux institutions d'utilité publique, mais aussi aux institutions privées.

C. Une appréciation

Comme les autres, la réglementation genevoise est calquée sur le modèle vaudois. Toutefois, la loi genevoise présente des différences qui appellent une appréciation spécifique.

Premièrement, la condition selon laquelle seul un résident qui ne dispose plus d'un logement ou dont le retour chez soi n'est pas raisonnablement exigible, a disparu. Il ne subsiste à ce jour plus que la carcasse de cette condition. En effet, la réglementation réserve la possibilité pour le médecin responsable de refuser la demande d'assistance au suicide au cas où le patient dispose d'un logement extérieur et que l'on peut raisonnablement exiger qu'il y retourne (art. 39A al. 5 LS/GE). La différence, en comparaison avec les réglementations vaudoises et neuchâteloises, est évidente. Si dans les cas des deux premières, le médecin responsable doit refuser la demande d'assistance au suicide dans le cas où le patient dispose d'un logement et qu'on peut exiger qu'il y retourne, la réglementation genevoise prévoit que le médecin responsable est libre d'accepter la demande.

Selon le Tribunal fédéral, les réglementations cantonales reconnaissant le droit aux résidents des établissements hospitaliers publics de demander et d'obtenir une aide au suicide ont trouvé leur justification dans le principe de l'égalité de traitement.¹¹⁴ En effet, si une personne, qui souhaite mourir et vit chez elle, décide de recourir à une association d'aide au suicide a le droit de le faire, on ne saurait laisser celle qui n'a plus de logement en dehors de l'établissement sanitaire dans lequel elle se trouve, dépendre du bon vouloir de ce dernier. Cet aspect avait été jugé central dans l'évaluation de la proportionnalité de la restriction à la liberté de conscience et croyance des institutions sanitaires faite par le Tribunal fédéral (*supra* III.B.2.). En supprimant la condition selon laquelle la personne qui veut demander une aide au suicide ne doit pas disposer d'un logement extérieur ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y retourne (art. 39A al. 5 LS/GE), la réglementation genevoise a perdu de vue sa raison d'être. Sa justification n'est donc pas à rechercher dans la

¹¹³ FEGEMS, (n. 112), 5 et 8 s.

¹¹⁴ ATF 142 I 195 c. 4 et 8.

volonté de garantir l'égalité de traitement. Il nous semble plutôt que la réglementation concrétise l'obligation de l'État de « fournir une prestation pour assurer la réalisation d'un droit garanti ». ¹¹⁵

En outre, l'obligation négative de ne pas entraver les propos suicidaires de ses propres résidents n'incombe pas uniquement aux institutions publiques, mais désormais aussi aux institutions privées.

Selon le Grand Conseil, l'extension de cette obligation aux institutions privées s'explique par le fait que les résidents de tels établissements ne doivent pas voir leur droit à l'autodétermination réduit du seul fait que l'institution en cause est privée. En outre « les cliniques privées sont au bénéfice d'attributions financières cantonales dans le cadre de la planification hospitalière à laquelle sont assorties toutes sortes de contraintes. Enfin, on notera que le canton dispose de la compétence de réglementer et en particulier de surveiller l'activité de toute institution de soins hospitaliers privés, et qu'il peut à ce titre imposer à ces institutions des devoirs relatifs aux droits fondamentaux des personnes qui y résident ». ¹¹⁶

En comparaison avec la réglementation neuchâteloise, la réglementation genevoise ne fonde pas un traitement différencié des institutions sanitaires sur la base de la reconnaissance d'utilité publique. Elle fonde une telle différenciation uniquement sur la base des subventions cantonales perçues. Autrement dit, le législateur genevois considère que les établissements sanitaires ne peuvent valablement invoquer le principe de l'égalité de traitement pour contester que l'octroi de subventions soit soumis à des conditions. Il fait toutefois un pas supplémentaire, en considérant que, indépendamment de toute subvention, chaque établissement sanitaire soit obligé de tolérer l'assistance au suicide en son sein ¹¹⁷. Une telle pesée des intérêts s'éloigne sensiblement des considérations que le Tribunal fédéral avait fait à propos de la législation neuchâteloise. Il n'est donc pas certain qu'une telle évaluation pourrait recevoir l'aval de la Cour si un établissement sanitaire privé qui ne reçoit aucune subvention cantonale devait un jour invoquer la violation de l'égalité de traitement en rapport à l'art. 39A LS/GE. En même temps, les développements récents dans la manière de concevoir les droits fondamentaux pourraient effectivement donner raison à cette approche. En effet, on constate – sous l'impulsion de

la CourEDH – que les droits fondamentaux ne s'exercent plus uniquement dans leur dimension verticale (contre l'État donc), mais aussi dans leur dimension horizontale (contre les particuliers). ¹¹⁸ Cela impose à l'État l'obligation d'intervenir dans les rapports entre privés afin d'éliminer toute règle de nature privée qui constituerait une entrave à la réalisation des droits fondamentaux en cause. ¹¹⁹ Si on devait suivre ces développements, le droit d'obtenir l'aide d'un tiers pour mettre fin à ses jours devrait être respecté par toute institution et cela indépendamment de son caractère public ou privé ou des éventuelles subventions étatiques perçues.

V. Conclusion

Comme cette analyse a essayé de le mettre en évidence, l'obligation des institutions sanitaires publiques et privées de tolérer l'assistance au suicide des résidents a été construite à travers la volonté du législateur cantonal de concrétiser la liberté de chacun de choisir le moment et les modalités de sa propre mort consacré par le Tribunal fédéral auparavant.

En dépit de la position prise par le Tribunal fédéral dans les affaires *Haas* et *Gross*, la liberté factuelle de se donner la mort a été mal interprétée par les législateurs cantonaux. À l'heure actuelle, la liberté de se donner la mort a été presque unanimement acceptée comme un droit subjectif d'obtenir de l'aide pour mettre fin à ses jours. Pour l'instant, ce droit n'impose aucune obligation positive de la part de l'État. Cela n'est vrai qu'en partie, puisqu'en obligeant les institutions sanitaires qui reçoivent une subvention cantonale à tolérer en leur sein l'assistance au suicide, l'État a aussi imposé une série de démarches que le personnel de l'institution doit garantir. Si formellement, le droit subjectif d'obtenir de l'aide pour mettre fin à ses jours n'impose qu'une obligation négative, pratiquement l'institution et le personnel soignant qui n'assument pas les tâches que le législateur lui impose dans le cadre de la procédure de suicide assisté engagent leur responsabilité.

Le fait que le Tribunal fédéral ait donné son aval à la réglementation neuchâteloise et, par là, à toute législation cantonale imposant aux établissements sanitaires reconnus d'utilité publique et percevant des subventions cantonales de tolérer l'assistance au suicide en son sein résulte étonnant. Ce qui choque dans cette jurisprudence, c'est la méconnaissance presque totale des nombreux intérêts publics en jeu. Le Tribunal fédéral ne s'est aucunement

¹¹⁵ MARGUET, (n. 69), n° 7. À ce propos, cf. *supra* III.B.4.

¹¹⁶ GRAND CONSEIL DU CANTON DE GENÈVE (n. 3), 8.

¹¹⁷ Cette approche semble concrétiser la position de CHERUBINI (n. 75), n° 65 s., selon laquelle l'État a le devoir d'adopter une réglementation qui impose à tout établissement (public et privé, subventionné ou pas) de respecter, protéger et réaliser tout droit fondamental des personnes qui y séjournent.

¹¹⁸ SCHEFER (n. 72), 244, note 67 et les réf. cit.

¹¹⁹ BESSON (n. 71), 19 ss.

penché sur la nécessité de maintenir inchangé l'interdit général de tuer dans une société démocratique.

Avec le temps, à travers le changement progressif des mentalités, des attitudes des personnes actives dans la prise en charge médicale (notamment les médecins) ainsi que des pratiques reconnues, la jurisprudence et, plus en générale, les autorités publiques, feront vraisemblablement des pas supplémentaires : ce qui actuellement est improprement considéré comme une obligation négative se transformera très probablement en une véritable obligation positive. L'État et donc les institutions sanitaires, devront garantir que tous ceux qui désirent mourir puissent le faire. À notre sens, nous ne sommes pas très loin de la reconnaissance d'un véritable droit à la mort, et qui imposera à l'État d'aider toute personne souhaitant mourir. En pratique, cela revient à imposer aux établissements sanitaires publics et privés de fournir une aide à tout résident voulant mourir.

Dans l'attente qu'un tel pas supplémentaire dans la jurisprudence fédérale soit fait, les législations cantonales

continueront très probablement à élargir les conditions d'accès à l'assistance au suicide et à faciliter le processus aboutissant à l'autorisation de mourir et d'aider à mourir.