

## La CEDH en marche vers le suicide assisté



Article rédigé par *Gregor Puppinck*, le 27 juillet 2012

**Bien que très technique, nous publions cette analyse de Gregor Puppinck, Directeur du Centre Européen pour le Droit et la Justice, qui met en lumière le glissement des décisions successives de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette institution, coutumière du procédé, mettrait en place en place au fur et à mesure « un droit individuel au suicide assisté » selon l'expert. Il reprend les grandes étapes de cette évolution majeure de la CEDH et décrypte pour nous le dernier arrêt en date dans l'Affaire Ulrich KOCH contre Allemagne.**

### Liberté Politique

Le 19 juillet 2012, la cinquième section de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu un arrêt attendu dans l'affaire *KOCH contre Allemagne* (n° 497/09) relative à l'interdiction de l'euthanasie en Allemagne. Dans cet arrêt, la Cour a franchi une nouvelle étape dans la création d'un droit individuel au suicide assisté ou à l'euthanasie<sup>[1]</sup>. Cet arrêt fait suite, selon la technique des petits pas, aux arrêts *Pretty contre le Royaume-Uni* (2002) et *Haas contre la Suisse* (2011) dans lesquels la Cour avait posé deux premiers jalons. Il sera bientôt suivi d'un autre arrêt dans une affaire *Alda Gross contre Suisse* actuellement en cours d'examen, et dans laquelle l'ECLJ intervient comme *amicus curiae*. Si l'arrêt Koch ne provoque que peu de réaction, ce qui est prévisible compte-tenu de sa date estivale de publication, la Cour poursuivra sur sa lancée dans la création d'un droit individuel au suicide assisté ou à l'euthanasie.

Le « droit à l'euthanasie » est exemplaire de la technique employée par la Cour pour créer de nouveaux droits « de façon périphérique », selon l'expression de l'ancien juge espagnol, Javier Borrego-Borrego. Autour de l'affirmation de principe selon laquelle la Convention ne crée pas de droit à une pratique déterminée (avortement, DPI, PMA, euthanasie), la Cour construit une structure d'obligations périphériques qui encerclent cette affirmation de principe et finit par imposer la légalisation de cette pratique au niveau national. Ainsi en est-il de l'avortement où, dans un même arrêt (*A. B. et C. contre Irlande*), la Cour reconnaît que la Convention ne crée pas de droit à l'avortement, mais condamne l'Irlande pour ne pas le rendre accessible. L'Irlande est ainsi en train de débattre de la légalisation de l'avortement pour respecter une Convention qui ne contient pas de droit à l'avortement. De même, avec l'affaire Koch, l'Allemagne a été condamnée en vertu d'une Convention qui ne contient pas de droit à l'euthanasie.

Certains s'en réjouiront, voyant dans les droits de l'homme et dans l'activisme judiciaire assumé de la Cour un instrument efficace de progrès social, d'affirmation et de propagation de libertés et d'égalités nouvelles ; la Cour assumant pleinement son rôle politique de « conscience de l'Europe »<sup>[2]</sup>. D'autres, parce qu'ils sont plus juristes que politiques, sont choqués par l'évolution libertaire des droits de l'homme et craignent que l'activisme soit fatal à l'autorité de la Cour, y compris en ce qu'elle dit d'utile et de bénéfique pour la protection des droits des personnes. Que l'on s'en réjouisse ou qu'on la déplore, cette évolution modifie en profondeur le système de la CEDH, tant dans la conception des droits de l'homme que de la démocratie ; elle rompt avec la pensée chrétienne, humaniste et démocrate sur laquelle la Convention a été fondée en 1950, dans l'expérience de l'immédiat après-guerre.

## Les étapes vers la création d'un droit individuel au suicide assisté

## L'arrêt *Pretty contre le Royaume-Uni*

La première pierre dans l'édification d'un droit à l'euthanasie a été posée dans l'arrêt *Pretty contre le Royaume-Uni* de 2002. Dans cet arrêt, la Cour avait déclaré ne pas pouvoir « *exclure que le fait d'empêcher par la loi la requérante d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituera une fin de vie indigne et pénible représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention* » (*Pretty*, § 67). Par suite, toute limitation par l'Etat de l'exercice de ce « choix » doit être justifiable (nécessaire et proportionné) au regard des exigences de la Cour. Pour rappel, l'article 8 de la Convention dispose que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » ; il a fallu plusieurs extrapolations pour aboutir à l'euthanasie.

La Cour a cependant pris soin de préciser que « *l'article 2 [de la Convention, garantissant le droit à la vie,] ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie* ». Cette interprétation s'est en revanche avérée possible sur le fondement de l'article 8, comme cela apparaît à la prochaine étape.

## L'arrêt *Haas contre la Suisse*

La deuxième pierre à l'édifice du droit à l'euthanasie a été posée par l'arrêt *Haas contre la Suisse* du 20 janvier 2011. Dans cet arrêt, la Cour a glissé du « choix » au « droit » de se suicider, en affirmant que « *le droit d'un individu 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, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention* » (§ 51). La Cour reconnaît là, de façon conditionnée, une forme de droit à l'autodétermination quant à sa propre mort, autrement dit de « droit au suicide ». L'existence de ce droit est soumise à deux conditions, l'une relative à la qualité de la volonté (du discernement) de la personne concernée, l'autre à sa capacité *d'agir en conséquence*. La Cour ne précise pas le contenu de cette dernière condition très équivoque : elle est bien plus large que le fait de mettre fin à ses jours par soi-même et n'exclut pas que le « suicide » soit réalisé par un tiers.

La Cour n'avait cependant pas tiré de l'article 8 une obligation positive pesant sur l'Etat à faciliter le suicide, c'est-à-dire au suicide assisté, se contentant de conclure que « *même à supposer que les Etats eussent une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'avaient pas méconnu cette obligation en l'espèce* » (*Haas*, § 61). L'arrêt reste dans le non-dit et la supposition, mais avance sur le terrain des obligations positives. On pouvait conclure de cet arrêt que si la Convention garantit le droit de se suicider, elle n'oblige pas l'Etat à faciliter le suicide : *le droit de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin* désignant une faculté personnelle de se suicider, mais pas un *droit* au suicide assisté opposable à l'Etat.

## L'arrêt *Koch contre l'Allemagne*.

La troisième pierre vient d'être posée par l'arrêt *Koch contre l'Allemagne*. Par cet arrêt, il apparaît que la Convention garantit à présent non seulement le droit de se suicider, mais oblige aussi l'Etat – non pas (encore) à faciliter le suicide – mais à justifier son refus de faciliter le suicide. Le suicide assisté n'est plus seulement une faculté personnelle, il devient un droit opposable à l'Etat nonobstant son interdiction dans le droit interne. Dès lors que la Cour accorde au suicide assisté la qualité de droit, l'Etat en devient garant de la jouissance effective.

### Les faits de l'affaire Koch

L'origine de l'affaire Koch est une demande formulée en novembre 2004 par les époux Koch à l'*Institut fédéral des produits pharmaceutiques et médicaux* en vue d'obtenir l'autorisation de se procurer une dose létale de pentobarbital sodique pour permettre à Mme Koch de se suicider à son domicile. L'Institut refusa

le 16 décembre 2004 en se fondant sur la loi sur les narcotiques et sur la Loi fondamentale allemande qui oblige l'Etat à protéger la vie des personnes (art. 2§2). En Allemagne, « l'homicide à la demande de la victime », c'est-à-dire l'euthanasie et le suicide assisté, est expressément interdit ; l'article 216 du code pénal dispose que « *Si une personne est amenée à commettre un homicide à la demande expresse et solennelle de la victime, la peine encourue est une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans. Toute tentative de ce type est passible de sanctions.* »

Le 14 janvier 2005, les époux formèrent ensemble un recours auprès de l'Institut fédéral pour contester sa décision, mais sans en attendre l'issue, le requérant transporta son épouse en Suisse où elle fit l'objet, le 12 février 2005, d'une euthanasie ou d'un suicide assisté par l'organisation *Dignitas*. Selon ses médecins, son espérance de vie était encore d'au moins quinze ans.

Après la mort de son épouse, M. Ulrich Koch continua à contester la décision de l'Institut devant les juridictions administratives, jusqu'à la Cour constitutionnelle fédérale qui déclara irrecevable le recours constitutionnel, dans une décision du 4 novembre 2008 (n° 1 BvR 1832/07). Toutes les autorités allemandes ont jugé que Monsieur Koch ne pouvait pas prétendre être victime d'une violation de ses propres droits car la décision de l'Institut n'était susceptible d'affecter que les droits de son épouse, à supposer qu'un droit de mourir existât. Pour les juridictions allemandes, M. Ulrich Koch n'ayant pas la qualité de victime, il n'y avait pas lieu de pousser plus loin l'examen de l'affaire et d'apprécier le bien fondé de la décision de refus. Le Tribunal administratif de Cologne énonçât cependant, dans un *obiter dictum* sur le fond, que le refus de l'Institut avait été légitime et conforme à l'article 8 de la Convention. Seul un recours exercé par Mme Koch de son vivant aurait pu conduire à un tel examen sur le fond. Un tel recours se serait cependant heurté à la clarté de l'interdiction pénale de l'homicide à la demande de la victime.

M. Ulrich Koch a alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme le 22 décembre 2008 alléguant que le refus d'autoriser sa défunte épouse à se procurer une dose létale avait porté atteinte au droit de celle-ci, ainsi qu'à son propre droit, au respect de leur vie privée et familiale (article 8). Il se plaignait également du refus des juridictions nationales d'examiner ses griefs au fond (article 13, droit à un recours effectif). La Cour, dans une première décision du 31 mai 2011, a déclaré la requête recevable et a décidé de joindre l'examen de la qualité de victime du requérant à celui du fond, ce qu'elle a fait dans cet arrêt du 19 juillet 2012.

### Extension de la notion de victime directe et confusion

La Cour européenne lui a donné raison, et l'a reconnu comme victime directe de la décision de l'Institut. Elle a jugé que compte-tenu en particulier de « *la relation exceptionnellement proche entre le requérant et sa défunte épouse et [de] son implication immédiate dans la réalisation du souhait de l'intéressée de mettre fin à ses jours, (...) le requérant peut prétendre avoir été directement affecté par le refus de l'Institut fédéral d'autoriser l'acquisition d'une dose létale de pentobarbital de sodium* » (§ 50). L'expression « être affecté » a un sens juridique précis : il porte sur des « droits » qui sont atteints ou affectés. Ce sens juridique est différent du sens commun qui vise l'émotion, « l'affection ». Il est probable que le refus d'accorder une dose létale a affecté le requérant dans son *affect* et son *affection* pour son épouse. En revanche, on ne voit pas sous quel aspect précis et concret son droit à la vie privée a été affecté par cette décision ; la Cour ne le précise pas, c'est là une pièce centrale de son raisonnement qui est manquante. Et pour cause, le droit manquant ne peut être que le « droit au suicide assisté » : un droit partagé conjointement par le candidat au suicide et sa personne de confiance chargée de l'assister ; ou alors il ne s'agit que du droit d'accès à un tribunal, mais celui-ci relève de l'article 13 et non de l'article 8.

Ce manque est comme dissimulé par la confusion entre *l'affection* subjective des sentiments du requérant, et *l'affection* des droits du requérant qui devrait être objective. Ainsi, l'affirmation de la Cour au paragraphe 50 est vraie lorsque l'on donne à l'expression « être affecté » son sens commun, mais elle est douteuse lorsque l'on retient son sens juridique.

Quoi qu'il en soit, le constat de cette « *affection* » permet de qualifier le requérant de victime directe et donc de lui reconnaître un intérêt à agir, ce qui élargit considérablement le champ de la notion de victime, telle que la conçoit la Cour. Ce faisant, la Cour européenne contredit non seulement les juridictions allemandes, mais revient également, bien qu'elle s'en défende, sur sa propre jurisprudence. En effet, dans l'affaire

similaire *Sanles Sanles contre l'Espagne*, n°48335/99 du 26 octobre 2000, concernant le suicide assisté d'un tétraplégique, la Cour avait déclaré la requête de la belle-sœur et héritière du défunt irrecevable *ratione personae*. Elle avait conclu ainsi au titre des droits du défunt sans se prononcer sur les droits propres de la requérante. Les juridictions allemandes n'ont fait qu'appliquer cette jurisprudence antérieure.

Déclarant que le requérant a la qualité de victime directe, et dispose donc d'un intérêt à agir, la Cour a conclu que « *les autorités nationales avaient l'obligation de se livrer à cet examen* » au fond du grief relatif au refus de l'Institut. L'Allemagne avait ainsi l'obligation non pas d'accorder la dose létale, mais de justifier auprès de Monsieur Koch et à sa demande, son refus de l'accorder à Mme Koch. Ainsi, selon la Section, le « *refus des juridictions internes d'examiner au fond la demande du requérant a emporté violation du droit de celui-ci au respect de sa vie privée au regard de l'article 8 de la Convention* » (Koch, §§ 71 et 72).

### La voie périphérique des obligations procédurales

Ce résultat a été obtenu par la voie périphérique d'obligations procédurales qui garantissent, non pas le droit (substantiel) au suicide assisté, mais le droit (procédural) de savoir si on a le droit d'en bénéficier. Ce droit procédural a pour effet de neutraliser l'interdiction de l'euthanasie.

L'usage de la Cour est d'introduire éventuellement l'analyse des obligations procédurales après seulement avoir établi l'existence d'un droit matériel en droit interne, et après avoir constaté que ce droit matériel interne entre dans le champ d'application de la Convention. L'obligation procédurale est un accessoire du droit matériel principal, non pas un droit autonome : elle oblige les Etats à garantir aux personnes les voies d'accès à la jouissance effective du droit matériel<sup>[3]</sup>. Cette obligation procédurale vise à éviter qu'un droit, reconnu en droit interne et protégé par la Convention, reste lettre morte, théorique et illusoire<sup>[4]</sup>. Ainsi la Cour a-t-elle condamné la Pologne et l'Irlande pour ne pas avoir établi de « *mécanismes effectifs permettant de déterminer si les conditions à remplir pour bénéficier d'un avortement légal étaient réunies* »<sup>[5]</sup>, après avoir préalablement constaté (ou supposé) l'existence en droit interne d'un droit à l'avortement, dont elle a jugé qu'il entre dans le champ d'application de la Convention.

Cette approche a été utilisée dans d'autres affaires, relatives notamment à l'avortement. Pour être empruntable, et c'est là son point faible, elle nécessite l'affirmation<sup>[6]</sup> ou la supposition<sup>[7]</sup> qu'il n'y a pas d'interdiction générale et absolue de la pratique considérée, et donc qu'il peut exister un doute pour le requérant quant à sa possibilité d'accéder à ces pratiques. C'est l'ensemble des conséquences désagréables causées par cet état d'incertitude qui constitue la violation de la vie privée des candidats à l'euthanasie ou à l'avortement<sup>[8]</sup>. Ces conséquences sont imputables à l'Etat, car c'est à lui que revient la responsabilité finale d'assurer la jouissance effective du droit reconnu par la Cour et (supposément existant) dans le droit interne. Ainsi, ce n'est pas l'impossibilité, en soi, d'avorter ou d'être euthanasié qui constitue la violation, mais l'impossibilité d'être fixé sur son sort. Pour établir cette obligation procédurale, il est donc nécessaire de tenir pour acquis qu'un doute existe quant à la possibilité ou non d'accéder à la pratique envisagée. Autant ce doute peut exister concernant l'application au cas par cas des législations permettant sous condition l'avortement ou l'euthanasie, autant, dans l'affaire Koch, ce doute est inexistant : l'euthanasie est interdite en Allemagne depuis la fin de la seconde guerre mondiale, et elle n'est pas un droit au titre de la Convention, mais entre dans le champ d'application de la Convention.

Face à ce point faible du raisonnement, la Cour fait référence à l'arrêt *Schneider contre l'Allemagne*, n° 17080/07, du 15 septembre 2011, dans lequel elle aurait estimé en son § 100 que l'article 8 de la Convention « *pouvait impliquer un droit à un contrôle juridictionnel même dans une affaire où le droit matériel en question restait à établir* » (Koch § 53). Cette affaire concernait l'impossibilité pour un père biologique (adultérain) de faire constater en justice sa paternité envers un enfant déjà reconnu par l'époux légitime de la mère. La Cour avait jugé qu'un droit procédural devait effectivement exister sans que soit nécessaire d'établir préalablement le droit matériel sur lequel il porte (la réalité de la paternité), puisque le droit procédural vise précisément à faire établir ce droit matériel. La référence à l'affaire *Schneider* est abusive. En effet, il y a dans l'affaire *Schneider* une réelle probabilité que le requérant soit le père de l'enfant, et donc que le droit matériel existât. D'autre part ce droit matériel peut constituer un « droit » en ce qu'il n'est pas en soi illégal. Or, tel n'est pas le cas concernant un prétendu « droit à l'euthanasie de son épouse », qui, en raison de son illégalité, ne laisse aucun doute quant à son inexistence. La Cour a ignoré cette évidence et a supposé le contraire.

Cela étant, il demeure que pour tout juriste, la violation d'un droit procédural affecte nécessairement le droit matériel dont il est l'accessoire et doit conduire au constat de sa violation. L'arrêt Koch est paradoxal en ce qu'il prétend ne pas arriver à cette conclusion tout en nous y conduisant par induction. C'est probablement parce que nous ne sommes pas encore arrivés à destination, au terme du processus d'édification du droit au suicide assisté.

La Cour a ainsi pu conclure à la violation des droits du requérant, sans avoir besoin de se prononcer sur le bien fondé du refus de l'Institut. Elle s'en est cependant réservé la faculté pour l'avenir (§71).

## Les prochaines étapes

La quatrième pierre à l'édification du droit à l'euthanasie est déjà esquissée. Elle pourrait être posée par le prochain arrêt *Alda Gross contre la Suisse* (n° 67810/10), actuellement pendant devant la Cour et qui concerne le cas d'une femme âgée ne souhaitant pas vieillir. La Suisse autorisant l'euthanasie et le suicide assisté, la Cour pourrait cette fois-ci procéder à l'examen, sur le fond, du bien fondé au regard des exigences de l'article 8, du refus de l'administration suisse de donner une dose létale à Mme Alda Gross. Elle pourrait alors reconnaître l'existence d'une obligation positive de l'Etat à faciliter effectivement le suicide dès lors qu'il l'a autorisé, mais sans aller jusqu'à condamner la Suisse en l'espèce, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire.

[\(Voir ici les observations soumises par l'ECLJ dans l'affaire Alda GROSS - http://eclj.org/pdf/cedh-affaire-gross-c-suisse-observations-eclj.pdf\)](http://eclj.org/pdf/cedh-affaire-gross-c-suisse-observations-eclj.pdf)

Dans les arrêts suivants, la faculté de l'Etat de restreindre l'accès à l'euthanasie pourrait être progressivement réduite, à mesure que la Cour constate l'émergence d'un consensus croissant en Europe en faveur de l'euthanasie (la marge d'appréciation de l'Etat se réduisant à mesure que le consensus croît).

Le « scénario » de la construction du droit à l'euthanasie est connu, il n'est ni nouveau, ni secret ; mais il n'est pas inéluctable, car divers obstacles et problèmes de fond demeurent.

## Les obstacles et problèmes de fond

Certains problèmes ont déjà été évoqués : l'élargissement et la subjectivisation de la notion de victime et du champ de l'article 8, dont on ne sait pas précisément en quoi il a été affecté. D'autres doivent encore être présentés :

### La création du droit à l'euthanasie se heurte à l'article 2.

Depuis l'affaire *Pretty*, la Cour analyse les demandes d'euthanasie sous l'angle de l'article 8 et ignore de plus en plus l'article 2 de la Convention qui garantit le droit à la vie. L'arrêt Haas faisait encore référence à cet article, en rappelant « *qu'il convient de lire la Convention comme un tout* » et « *de se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8, à l'article 2 de la Convention, qui impose aux autorités le devoir de protéger des personnes* » (Haas, § 54). L'arrêt Koch n'en fait plus même mention dans son raisonnement, faisant ainsi totalement abstraction de l'interdiction stricte, posée explicitement par la Convention, *d'infliger la mort à quiconque intentionnellement*, même avec son consentement (voir Koch § 67). Cependant, l'affirmation d'un droit au suicide, au suicide assisté et à l'euthanasie, fondé sur la vie privée (art.8), viendra toujours se heurter à l'interdiction stricte de tuer et à l'obligation de protéger la vie (art.2).

### Le consensus européen est opposé à l'euthanasie et au suicide assisté.

Constatant que « *Seuls quatre des Etats étudiés autorisent les médecins à prescrire une dose létale de*

*médicaments afin de permettre à un patient de mettre fin à ses jours.* » La Cour en conclut que « *les Etats parties à la Convention sont loin d'avoir atteint un consensus à cet égard, ce qui implique de reconnaître à l'Etat défendeur une marge d'appréciation considérable dans ce contexte* » (§ 70). Rappelons que, selon un usage qui lui est propre, il y a consensus pour la Cour dès qu'il y a majorité renforcée.

On peut s'étonner de l'usage que cet arrêt fait de la notion de consensus. En effet, lorsque trois ou quatre Etats seulement interdisent l'avortement, la Cour constate un large consensus en faveur de l'avortement (*A. B. C. contre Irlande*), mais lorsque seulement quatre Etats permettent l'euthanasie, la Cour ne constate pas un large consensus en faveur de son interdiction, mais une absence de consensus quant à sa légalisation ! Malgré les apparences, cet usage de la notion de consensus n'est pas arbitraire : simplement, il n'obéit pas à la logique arithmétique de la justice, mais à celle du progrès social et du sens de l'histoire. Cette approche est révélatrice d'un préjugé progressiste en faveur de l'euthanasie, perçu comme un nouveau terrain de développement des droits de l'homme. Ce préjugé peut aussi expliquer l'omission par la Cour de toute référence à la Résolution 1859 (2012) du 25 janvier 2012<sup>[9]</sup> de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) par laquelle les députés issus des 47 parlements nationaux ont affirmé avec clarté que « *L'euthanasie, au sens de tuer intentionnellement, par action ou par omission, une personne dépendante, dans l'intérêt allégué de celle-ci, doit toujours être interdite* ». Dans la partie de l'arrêt consacrée à la présentation des « documents pertinents du Conseil de l'Europe », la Cour n'a cité que la résolution 1418 de 1999. Pourquoi avoir ignoré la résolution de 2012 ? Elle aurait clairement démontré le consensus européen contre l'euthanasie.<sup>[10]</sup>

En fait, c'est la Cour elle-même qui, de toute sa puissance politique et morale, contribue de façon décisive à briser le consensus européen contre l'euthanasie. Aujourd'hui, il y a un consensus contre l'euthanasie, et quatre exceptions. Or, la Cour a inversé la perspective en adoptant la logique libérale selon laquelle les Etats doivent se justifier des restrictions imposées à l'exercice du suicide assisté ou de l'euthanasie. Pourtant, il ne fait aucun doute que les rédacteurs de la Convention, à la sortie de la Seconde Guerre Mondiale et des procès de Nuremberg, voulaient justement lutter contre ce genre de pratiques.

## **L'affaiblissement de la cohérence et de l'autorité de la Convention**

Les domaines dans lesquels la Cour constate l'absence de consensus sont principalement ceux portant sur les nouveaux droits de l'homme postmodernes: droits à l'avortement, à la procréation artificielle, à l'euthanasie, à l'adoption, revendications homosexuelles... S'agissant des droits de l'homme modernes (libertés de pensée, d'association, de réunion, d'expression, etc.) à aucun moment le consensus des Etats a été remis en cause. C'est dans les terrains nouveaux, sur les terres de conquête des droits de l'homme qu'est fait usage du concept instrumental de consensus, pour mesurer la progression de l'implantation du nouveau droit, et réduire, corrélativement à cette progression, la liberté des Etats de s'y opposer.

Plus les arrêts de la Cour s'aventurent à créer de nouveaux droits subjectifs (avortement, procréation, suicide, etc.), plus ils fragmentent l'unité des droits de l'homme et obscurcissent leur intelligibilité, et finalement fragilisent le consensus européen les soutenant globalement. La subjectivisation des droits de l'homme détruit leur objectivité et leur autorité intrinsèque : ils deviennent culturels, relatifs, et sujets à controverses. Les droits de l'homme (classiques et nouveaux) deviennent dans leur ensemble victimes et prisonniers du relativisme. L'avortement, l'euthanasie, le mariage homosexuel sont « plus ou moins des droits de l'homme », selon les circonstances de lieux et d'époque... Ces droits de l'homme ne découlent plus de ce qu'est l'homme, de sa nature propre et immuable, mais de sa condition changeante, subjective, en constante redéfinition. La Cour, en se faisant l'instrument du progrès de la condition humaine, s'enferme dans la fausse dialectique opposant le progrès au conservatisme. Ses arrêts sont moins appréciés par les commentateurs en fonction de leur justesse (au regard de la Convention et des droits de l'homme) qu'en fonction des « avancées » qu'ils réalisent ou promettent et du nombre d'articles de presse qu'ils provoquent. Cette dialectique, qui se réfère plus au Progrès qu'à la Justice, introduit la Cour dans un clivage politique et philosophique et une logique de rapports de forces qui nuisent à la qualité de ses arrêts et contribuent à fragiliser son autorité.

On peut craindre que la Section ait été comme séduite par la dimension idéologique et politique de l'affaire Koch et qu'elle l'ait aussi jugé dans cette perspective de progrès des droits de l'homme. Cela apparaît d'ailleurs lorsque la Cour observe que « *la présente espèce soulève des questions fondamentales (...) qui*

*présentent un intérêt général transcendant les personnes et les intérêts tant du requérant que de sa défunte épouse* » (§ 46). Il est vrai que l'un des buts du Conseil de l'Europe, et donc de la Cour européenne est d'assurer non seulement la sauvegarde, mais aussi le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales (préambule de la Convention), en interprétant la Convention de façon dynamique, selon les circonstances actuelles. Cependant, le rôle de la Cour –comme de toute juridiction- est de veiller au respect par les Etats des obligations qu'ils ont assumées en adhérant à la Convention ; il n'est pas d'en créer de nouvelles, *a fortiori*, contre la volonté des Etats. La Cour européenne est plutôt un « chien de garde de la démocratie »<sup>[11]</sup> qu'un « berger » chargé de conduire les peuples. Intimer à un Etat qu'il doit légaliser telle ou telle pratique, c'est sortir de sa fonction juridictionnelle et assumer un rôle politique de façon non démocratique.

## Documents liés :

[Observations écrites de l'ECLJ dans l'affaire \*Alda Gross c. Suisse\*](#)

ECLJ: Major Victory for Life in Europe: "Euthanasia Must Always be Prohibited"

*Koch v. Germany*: The ECHR called again to decide on assisted suicide

ECLJ analysis of the case of Haas v. Switzerland en [Français](#)

ECLJ analysis of the case of *Koch v. Germany*

[Décision sur la recevabilité \*Koch c. Allemagne\* du 31 mai 2011 req. 497/09](#)

[Arrêt \*Haas c. Suisse\*, 20 janvier 2011, req. 31322/07](#)

[Arrêt \*Pretty c. Royaume-Uni\*, req. 2346/02\) du 29 avril 2002](#)

[Sanles Sanles c. Espagne](#), req. décision du 48335/99, 26 octobre 2000

[Résolution 1859 \(2012\)](#) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

[Recommandation 1993 \(2012\)](#) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

[Recommandation 1418 \(1999\)](#) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Le *Centre européen pour le droit et la justice* est une organisation non-gouvernementale internationale dédiée à la promotion et à la protection des droits de l'homme en Europe et dans le monde. L'ECLJ est titulaire du statut consultatif spécial auprès des Nations-Unies/ECOSOC depuis 2007. L'ECLJ agit dans les domaines juridiques, législatifs et culturels. L'ECLJ défend en particulier la protection des libertés religieuses, de la vie et de la dignité de la personne auprès de la Cour européenne des droits de l'homme et au moyen des autres mécanismes offertes par l'Organisation des Nations Unies, le Conseil de l'Europe, le Parlement européen, et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE). L'ECLJ fonde son action sur « les valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun des peuples [européens] et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable » (Préambule de la Statut du Conseil de l'Europe).

**European Centre for Law and Justice** - 4, Quai Koch - 67000 Strasbourg, France - Phone : + 33 (0)3 88 24 94 40 - Fax : + 33 (0)3 88 24 94 47 - <http://www.eclj.org>

Photo : © Wikimedia Commons / Euseson

[1] La différence entre euthanasie et suicide assisté n'est pas nette

[2] Conseil de l'Europe, *La Conscience de l'Europe, 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, octobre 2010.

[3] *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03, arrêt du 20 mars 2007, § 113.

[4] *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, § 24 : La « Convention vise à garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ».

[5] *Tysiac c. Pologne*, n°5410/03, arrêt du 20 mars 2007, §124. Voir aussi *Buckley c. Royaume-Uni*, no20348/92, arrêt du 25 septembre 1996 : « Chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention tel que celui en jeu en l'espèce, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire. Selon la jurisprudence constante de la Cour, même si l'article 8 (art. 8) ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit les intérêts de l'individu protégés par l'article 8 ».

[6] Comme dans les affaires *A. B. C. contre Irlande* s'agissant de l'avortement ou *S. H. contre Autriche* (Section) s'agissant de la fécondation hétérologue.

[7] C'est le cas dans l'affaire *Koch*.

[8] *Tysiac c. Pologne*, n°5410/03, arrêt du 20 mars 2007, §124.

[9] Résolution 1859 (2012) du 25 janvier 2012, *Protéger les droits humains et la dignité de la personne en tenant compte des souhaits précédemment exprimés par les patients*.

[10] Un tel choix sélectif des références aux résolutions de l'APCE avait déjà été constaté dans l'arrêt *R. R. contre Pologne* : se prononçant notamment sur le droit à l'objection de conscience du personnel médical face à l'avortement, la Cour avait omis de citer la fameuse et récente résolution MacCafferty consacrée précisément à ce sujet.

[11] La Cour utilise cette expression pour qualifier le rôle de la presse, voir CEDH, 5e Sect. 5 mai 2011, *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*.