

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 139/2019-71

11 décembre 2020

AU NOM DE LA RÉPUBLIQUE !

La Cour constitutionnelle, présidée par
M. Christoph GRABENWARTER, Président

en présence de Mme Verena MADNER, Vice-présidente

et des membres

M. Markus ACHATZ,
M. Wolfgang BRANDSTETTER,
Mme Sieglinde GAHLEITNER,
M. Andreas HAUER,
M. Christoph HERBST,
M. Michael HOLOUBEK,
M. Helmut HÖRTENHUBER,
Mme Claudia KAHR,
M. Georg LIENBACHER,
M. Michael RAMI,
M. Johannes SCHNIZER et
Mme Ingrid SIESS-SCHERZ

co-délibérants, assistés de Mme Josefa BREITENLECHNER,
greffière,

saisie par 1. *****, *****, *****, *****,
2. *****, *****, *****, 3. *****,
*****, *****, ainsi que 4. *****,
*****, *****, tous représentés par le cabinet Zacherl Schal-
laböck Proksch Manak Kraft Rechtsanwälte GmbH, Teinfaltstraße 8/5.01, 1010
Wien, de requêtes en abrogation des paragraphes 77 et 78 *Strafgesetzbuch –*
StGB (Code pénal) pour inconstitutionnalité, suite à l’audience publique tenue le
24 septembre 2020, après avoir entendu les observations du rapporteur et les
déclarations du mandataire représentant les requérants, maître Wolfram
Proksch, avocat, de ***** et ***** , personnes appelées
par les requérants à titre de renseignement, de Albert Posch, Georg Kathrein,
Christian Pilnacek et Michael Kierein, représentants du gouvernement fédéral
ainsi que de ***** et ***** ,
personnes appelées par le gouvernement fédéral à titre de renseignement,
statue et prononce aujourd’hui la décision suivante conformément à l’article 140
Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG (Constitution):

- I. 1. Les mots «ou l’aide à cet effet,» figurant au paragraphe 78 de la *Bun-
desgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen – Strafge-
setzbuch* (loi fédérale du 23 janvier 1974 relative aux actes passibles de
sanction pénale – Code pénal, abrégée *StGB – C. pén.*) publiée au Journal of-
ficiel *BGBI 60/1974*, sont contraires à la Constitution et abrogés.

2. L’abrogation prend effet le 31 décembre 2021 à minuit.

3. Les dispositions légales antérieures ne reprennent pas effet.

4. Le chancelier fédéral est tenu de publier immédiatement les présentes
décisions au Journal officiel I.
- II. La requête relative au paragraphe 77 *StGB* (C. pén.) est rejetée pour irrece-
vabilité.
- III. La requête est rejetée pour le surplus.

- IV. L'État fédéral (ministre fédérale de la Justice) est condamné à rembourser aux parties requérantes les frais du procès fixés à 1 809,60 euros dans les 14 jours sous peine d'exécution.

Motifs

I. Requête

1. Dans leur requête fondée sur l'article 140, paragraphe 1, premier alinéa, point c) *Bundes-Verfassungsgesetz* — *B-VG* (Constitution), les requérants demandent que «la Cour constitutionnelle examine, au sens des paragraphes 62 et suivants *Verfassungsgerichtshofgesetz* – *VfGG* (Loi relative à la Cour constitutionnelle) la constitutionnalité des dispositions litigieuses des paragraphes 77 et 78 *StGB* – C. pén., dans leur version publiée au Journal officiel *BGBI 60/1974* et entrée en vigueur le 1er janvier 1975, tiennent une audience publique et abroge ces dispositions pour inconstitutionnalité».

1

2. Les parties requérantes demandent également que «l'État fédéral soit condamné à payer les dépens, à savoir la totalité des frais réguliers encourus majorés de la TVA au sens du paragraphe 27 *VfGG* – Loi relative à la Cour constitutionnelle».

II. Textes et pièces

1. Les paragraphes 77 et 78 de la *Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen* – *Strafgesetzbuch* (loi fédérale du 23 janvier 1974 relative aux actes passibles de sanction pénale, Code pénal, abrégé *StGB* – C. pén.), publiée au Journal officiel *BGBI 60/1974*, stipulent:

«Homicide sur demande

§ 77. Quiconque commet un homicide à la demande expresse et sérieuse de la victime, encourt une peine privative de liberté d'une durée comprise entre six mois et cinq ans.

Complicité de suicide

§ 78. Quiconque incite au suicide d'autrui ou l'aide à cet effet, encourt une peine privative de liberté d'une durée comprise entre six mois et cinq ans.»

2. Les paragraphes 49 et 49a de la *Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998* (loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins), publiée au Journal officiel *BGBI. I 169/1998*, dans leur version selon *BGBI. I 20/2019* stipulent :

«Traitement des malades et prise en charge des personnes en bonne santé

§ 49. (1) Le médecin doit s'occuper avec conscience de toute personne malade ou en bonne santé qu'il prend en charge à des fins de traitement ou de conseil, sans faire de différence en fonction de la personne. Il doit participer régulièrement à des programmes de formation continue proposés par les chambres des médecins dans les états fédérés (*Länder*) ou la Chambre des médecins autrichienne ou des programmes étrangers de qualité reconnue dans le respect de son obligation de développement professionnel continu et assurer le confort des patients et la protection des personnes en bonne santé conformément à la science et l'expérience médicales ainsi que dans le respect des dispositions en vigueur et des normes techniques de qualité, notamment de la *Gesundheitsqualitätsgesetz (GQG – loi relative à la qualité de la santé)*, publiée au Journal officiel *BGBI. I 179/2004*.

(2) Le médecin doit exercer sa profession personnellement et directement, le cas échéant en collaboration avec d'autres médecins et représentants d'un autre domaine scientifique ou d'une autre profession. Il peut néanmoins se faire aider par des auxiliaires dès lors que ceux-ci agissent sur ses instructions précises et sous sa surveillance constante.

(2a) Les médecins et les cabinets médicaux de groupe sont tenus de procéder régulièrement à un contrôle de qualité et d'en transmettre les résultats par voie électronique en fonction de l'équipement technique à la Société autrichienne pour l'assurance et la gestion de la qualité de *Medizin GmbH*.

(2b) Manquement grave aux obligations professionnelles, le fait que l'évaluation ou le contrôle révèlent un péril immédiat pour la santé ou que, pour des raisons que doivent présenter le médecin ou le cabinet de groupe, il n'est pas procédé à une évaluation selon l'alinéa 2a, représente aussi un motif de dénonciation de la convention selon le paragraphe 343, quatrième alinéa de la *Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG – loi générale sur l'assurance sociale)*, publiée au Journal officiel *BGBI. 189/1955*, dans la mesure où cela affecte les normes techniques régissant la qualité des processus et des structures.

(2c) Tous les trois ans, les médecins habilités à exercer en profession libérale doivent prouver de manière crédible devant la Chambre des médecins autrichienne qu'ils ont bien participé avec succès à une formation continue. Cette notification se fera au plus tard dans les trois mois suivant la période de formation respective (regroupement des déclarations). La Chambre des

médecins autrichienne est tenue de vérifier, évaluer et utiliser cette notification pour motiver son rapport conformément au paragraphe 117b, premier alinéa, point 21.e). À cet effet, celle-ci peut recourir à une société affiliée.

(3) Dans la mesure où elles comptent parmi les activités y correspondant, le médecin peut, dans certains cas, confier des prestations médicales à des personnes exerçant d'autres professions médicales ou en cours de formation à une profession médicale. Il assume la responsabilité des arrangements. Il ne lui incombe pas de surveillance médicale dans la mesure où la réglementation régissant les professions médicales correspondantes n'en prévoit pas pour l'exécution des prestations confiées.

(4) À condition d'être dignes de confiance et en bonne santé, les étudiants en médecine sont autorisés à exercer sous la direction et la surveillance des médecins formateurs les activités visées au cinquième alinéa. Ces derniers sont habilités à se faire remplacer par des internes en médecine dès lors que le chef du service où ceux-ci sont formés confirme par écrit qu'ils présentent les connaissances et l'expérience médicales requises à cet effet.

(5) Les activités au sens du quatrième alinéa sont:

1. conduite de l'anamnèse,
2. simple examen physique du patient avec prise de tension,
3. prise de sang par ponction veineuse,
4. injections intramusculaires et sous-cutanées et
5. autres prestations médicales diverses dans la mesure où leur maîtrise est obligatoire pour achever la formation de médecine avec succès et que, compte tenu de leur degré de difficulté, les étudiants en médecine présentent bien les connaissances et l'expérience médicales requises pour les exécuter avec conscience.

(6) Les quatrième et cinquième alinéas s'appliquent aussi aux personnes pour lesquelles a été engagée dans une faculté de médecine autrichienne ou une université autrichienne dont dépend une faculté de médecine une procédure en reconnaissance du diplôme de docteur en médecine humaine obtenu à l'étranger.

Accompagnement des mourants

§ 49a. (1) Le médecin doit accompagner le mourant qu'il a pris en charge en sauvegardant sa dignité.

(2) Au sens défini par le premier alinéa, il est aussi permis de prendre dans le cadre de soins palliatifs des mesures dont l'utilité pour soulager les douleurs et souffrances extrêmes du mourant l'emporte sur le risque d'accélérer la perte des fonctions vitales.»

3. Les dispositions de la *Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG* (loi fédérale relative aux directives anticipées), publiée au Journal officiel *BGBI. I 55/2006*, dans sa version selon *BGBI. I 12/2019*, déterminantes pour la présente requête, prévoient :

«Section 1

Dispositions générales

Domaine d'application

§ 1. (1) Cette loi fédérale régit les conditions et la validité des directives anticipées.

(2) Les directives anticipées permettent de fixer de manière contraignante la volonté d'un patient de refuser un traitement médical (§ 6). Elles doivent par ailleurs toujours être prises en compte pour déterminer sa volonté (§ 8).

(3) Leurs conditions, existence, portée, effets, modification et fin se conforment au droit autrichien pour des traitements dispensés en Autriche.

Notions

§ 2. (1) Dans la présente loi fédérale, les directives anticipées s'entendent d'une déclaration de volonté par laquelle un patient refuse un traitement médical et qui doit s'appliquer lorsque celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté au moment du traitement.

(2) Dans la présente loi fédérale, un patient s'entend d'une personne qui rédige des directives anticipées, qu'elle soit ou non malade au moment de leur établissement.

(3) Dans la présente loi fédérale, un registre s'entend d'un catalogue sous une forme technique quelconque servant à conserver les directives anticipées. Des mémoires de données (paragraphe 2, point 7 de la *Gesundheitstelematikgesetz 2012 [GTeIG 2012 – loi relative à la télématique en matière de santé]*, publiée au Journal officiel *BGBI. I 111/2012*) et des index (paragraphe 2, point 13 *GTeIG 2012 – loi relative à la télématique en matière de santé*) ne sont pas des registres au sens de la présente loi fédérale.

Droit subjectif attaché à la personne, capacité

§ 3. Les directives anticipées doivent être rédigées par le patient personnellement. Ce dernier doit être en capacité de décider lors de leur établissement.

Section 2

Directives anticipées contraignantes

Contenu

§ 4. Les traitements médicaux faisant l'objet du refus doivent être décrits avec précision dans les directives anticipées ou se dégager clairement de leur contexte. Les directives doivent par ailleurs montrer que le patient est parfaitement conscient des conséquences qu'elles impliquent.

Information

§ 5. Quiconque rédige des directives anticipées contraignantes doit préalablement avoir reçu d'un médecin des explications détaillées et des informations relatives à la nature des directives et leurs conséquences pour le traitement médical. Précisant son nom et son adresse, le médecin est alors tenu de documenter, par sa signature manuscrite, le fait d'avoir informé le patient et la capacité décisionnelle de ce dernier, ainsi que de préciser les raisons permettant de penser que celui-ci est clairement conscient des conséquences impliquées par les directives, notamment parce qu'elles s'appliquent à un traitement concernant une maladie antérieure ou actuelle du patient ou d'un de ses proches.

Établissement

§ 6. (1) Les directives anticipées sont contraignantes lorsqu'elles ont été rédigées et datées

1. en présence d'un avocat ou
 2. en présence d'un notaire ou
 3. en présence d'un juriste, collaborateur d'une association de défense des droits des patients (paragraphe 11e de la *Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz* – loi relative aux établissements hospitaliers et de cure thermale, publiée au Journal officiel *BGBI. 1/1957*) ou
 4. en fonction des possibilités techniques ou de personnel, en présence d'un juriste, collaborateur d'une association de protection des majeurs
- et que le patient a été instruit sur les conséquences des directives anticipées contraignantes et la possibilité de les révoquer à tout moment.

(2) De sorte à documenter le fait d'avoir instruit le patient, les personnes visées au premier alinéa sont tenues d'indiquer leur nom et leur adresse dans les directives anticipées et de les signer à la main, puis de les mettre à disposition dans le système *ELGA* (dossier médical électronique) dès que techniquement possible conformément à une ordonnance de la ministre fédérale du Travail, des Affaires sociales, de la Santé et de la Protection des consommateurs selon le paragraphe 14d, dans la mesure où le patient ne s'y oppose pas. Les modalités devant régir la mise à disposition, le cas échéant avec la participation des services de médiation *ELGA* conformément au paragraphe 17 *GTelG 2012* – loi

relative à la télématique en matière de santé, sont à préciser dans une ordonnance selon le paragraphe 14d.

Renouvellement

§ 7. (1) Les directives anticipées contraignantes perdent leur caractère contraignant huit ans après leur établissement dans la mesure où le patient n'a pas défini de période de validité plus courte. Il est possible de les renouveler après information auprès d'un médecin selon le paragraphe 5, une nouvelle période de validité de huit ans ou moins si définie par le patient recommençant alors à courir.

(2) Les conditions selon le paragraphe 6, premier et deuxième alinéas s'appliquent dans la mesure où le renouvellement a lieu en présence d'une personne visée au paragraphe 6, premier alinéa.

(3) Sont à considérer comme équivalents à un renouvellement tout complément ou modification apportés ultérieurement à certaines parties des directives anticipées. Les dispositions des premier et deuxième alinéas s'appliquent dans ce cas. La période de validité visée au premier alinéa recommence à courir pour l'intégralité des directives après chaque modification apportée ultérieurement.

(4) En cas d'enregistrement des directives anticipées dans un registre, l'avocat ou le notaire sont également obligés d'y mentionner les directives anticipées renouvelées, modifiées ou complétées portées à leur connaissance en fonction des possibilités techniques et dans le respect des dispositions stipulées dans une loi spéciale régissant le registre respectif, le paragraphe 6, deuxième alinéa s'appliquant par ailleurs.

(5) Les directives anticipées ne perdent pas leur caractère contraignant tant que l'absence de capacité décisionnelle empêche le patient de les renouveler.

Section 3

Valeur des directives anticipées d'une autre nature

Conditions

§ 8. Pour déterminer la volonté du patient, il doit néanmoins être tenu compte de directives anticipées ne satisfaisant pas à la totalité des conditions visées aux paragraphes 4 à 7.

Prise en considération

§ 9. Plus des directives anticipées telles que visées au paragraphe 8 remplissent de conditions leur procurant un caractère contraignant, plus il sera tenu compte de leur contenu pour déterminer la volonté du patient. Seront notamment pris en considération,

1. la mesure dans laquelle le patient était en état d'évaluer au moment de leur rédaction la situation médicale à laquelle se rapportent les directives anticipées ainsi que leurs conséquences,
2. le degré de précision avec lequel sont décrits les traitements médicaux qui font l'objet du refus,
3. le degré d'exhaustivité de l'information médicale prodiguée préalablement à la rédaction,
4. la mesure dans laquelle les directives s'écartent des conditions de forme s'appliquant aux directives anticipées contraignantes,
5. la période écoulée depuis le dernier renouvellement et
6. la fréquence à laquelle les directives anticipées ont été renouvelées.

Section 4

Dispositions communes

Absence de validité

§ 10. (1) Les directives anticipées ne sont pas valides si

1. elles n'ont pas été exprimées librement et sérieusement ou sont le résultat d'une erreur, de la ruse, de la tromperie ou de la contrainte physique ou psychique,
2. leur contenu enfreint le droit pénal ou
3. l'état des connaissances médicales concernant la teneur des directives anticipées a sensiblement évolué depuis leur établissement.

(2) Les directives anticipées perdent leur validité dès que le patient les révoque ou fait comprendre qu'elles ne doivent plus s'appliquer.

Contenus divers

§ 11. Ne s'oppose pas à la validité des directives anticipées le fait qu'elles contiennent d'autres observations du patient concernant notamment la désignation concrète d'une personne de confiance, le refus d'avoir des contacts avec une personne donnée ou l'obligation d'informer une personne donnée.

Cas d'urgence

§ 12. Cette loi fédérale n'affecte pas les soins médicaux d'urgence lorsque, demandant du temps, la recherche de directives anticipées met ainsi gravement en péril la vie ou la santé du patient.

Obligations du patient

§ 13. Les directives anticipées ne permettent pas au patient de limiter une obligation de se soumettre à un traitement, laquelle lui incombe le cas échéant en raison de dispositions juridiques particulières.

Documentation

§ 14. (1) Le médecin traitant et le médecin ayant informé le patient sont tenus de joindre les directives anticipées à son dossier médical à l'hôpital, ou dans leurs notes médicales à leur cabinet lorsqu'elles n'ont pas été rédigées dans un établissement hospitalier.

(2) Le médecin qui constate dans le cadre de l'information au patient visée au paragraphe 5 que celui-ci ne dispose pas de la capacité décisionnelle requise pour la rédaction de directives anticipées est tenu de le documenter, le cas échéant dans le dossier médical.

(3) Le patient peut transmettre ses directives anticipées aux services de médiation *ELGA* conformément au paragraphe 17 *GTeIG 2012* – loi relative à la télématique en matière de santé à des fins de sauvegarde dans le système *ELGA* conformément au paragraphe 14a. Ses directives anticipées y seront sauvegardées dans la mesure où il participe au système *ELGA*.

[...]

Sanction administrative visant à protéger des abus

§ 15. Quiconque subordonne l'accès à des établissements de traitement, de soins ou d'accueil ou l'obtention de telles prestations à l'obligation d'établir ou de ne pas établir de directives anticipées se rend coupable d'une infraction administrative et encourt une amende d'un montant maximal de 25 000 euros ou de 50 000 euros en cas de récidive, à moins que son acte soit passible d'une sanction judiciaire.

[...]»

III. Requête et procédure préliminaire

1. Les requérants ont motivé la légitimité de leur requête ainsi que leurs griefs à l'encontre des dispositions attaquées comme suit (sans mise en exergue dans l'original):

...

2. Le gouvernement fédéral a fourni une déclaration dans laquelle il présente les arguments suivants à propos de la recevabilité de la requête et des griefs soulevés:

...

3. Les requérants ont présenté une réplique à la déclaration du gouvernement fédéral dans laquelle ils contestent les arguments avancés par ce dernier aussi bien en ce qui concerne la recevabilité de la requête que son fond.

4. La Cour constitutionnelle a tenu le 24 septembre 2020 une audience publique au cours de laquelle ont notamment été examinées en détails des questions relatives à la constitutionnalité du paragraphe 78 *StGB* – C. pénal.

5. Suite à cette audience publique, les requérants ont déposé un nouveau mémoire visant à infirmer certains des arguments que le gouvernement fédéral y avait soulevés.

IV. Considérations

A. De la recevabilité

1. En vertu de l'article 140, paragraphe 1, premier alinéa, point c) *Bundes-Verfassungsgesetz* — *B-VG* (Constitution), la Cour constitutionnelle statue sur l'inconstitutionnalité des lois sur requête introduite par un administré qui estime qu'en raison d'un défaut de conformité avec la constitution, il est porté directement atteinte à ses droits, dès lors que cette loi s'applique à ce justiciable sans qu'ait été prononcée de décision juridictionnelle ou émis d'avis administratif.

La légitimité de la requête selon l'article 140, paragraphe 1, premier alinéa, point c) *Bundes-Verfassungsgesetz* — *B-VG* (Constitution) est conditionnelle au fait que d'un côté le requérant affirme que cette loi porte directement atteinte à ses droits en raison de son inconstitutionnalité, mais aussi qu'elle s'applique effectivement à lui sans qu'ait été prononcée de décision juridictionnelle ou émis d'avis administratif. La légitimité de la requête est fondamentalement conditionnelle au fait que la loi interfère négativement dans les droits du requérant et en cas de défaut de conformité avec la Constitution, y porte atteinte. Dans ce cadre, la Cour doit s'appuyer sur les moyens présentés et seulement examiner si les effets allégués par le requérant sont de nature à fonder la légitimité de la requête comme exigé par l'article 140, paragraphe 1, premier alinéa, point c) *Bundes-Verfassungsgesetz* — *B-VG* (Constitution) (comp. e.g. *VfSlg.* 11.730/1988,

15.863/2000, 16.088/2001, 16.120/2001 – affaires publiées au Recueil officiel des arrêts et décisions de la Cour Constitutionnelle).

Il faut en outre que la loi contestée elle-même restreigne effectivement et directement les droits du requérant. Une telle restriction n'est reconnue que si cette loi en fixe indubitablement la nature et la portée, que s'il est effectivement et non pas simplement potentiellement porté atteinte aux intérêts (protégés par le droit) du requérant et que si ce dernier n'a pas d'autres moyens acceptables à sa disposition pour se défendre contre cette atteinte dont il prétend qu'elle est contraire au droit (*VfSlg.* 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003).

2. Le premier et le troisième requérants fondent la légitimité de leur requête sur les maladies graves et incurables dont ils souffrent et leur résolution qui en est la conséquence, prise librement et en pleine possession de leur capacité juridique, d'exercer leur libre détermination pour mourir en recourant au suicide assisté. Tous les deux déclarent avoir l'intention de recourir dans un autre pays (notamment en Suisse) à l'assistance au suicide autorisée mais en être incapables sans aide extérieure vu leur mobilité limitée (ce qui ne sera plus possible à l'avenir pour le troisième requérant en raison de la progression de la maladie).

Le deuxième requérant fonde la légitimité de sa requête sur la crainte d'être atteint d'une maladie grave voire incurable au début de laquelle il veut pouvoir décider librement, en exerçant son droit à l'autodétermination, quand et de quelle manière sa vie s'achèvera. Tout comme le premier et le troisième requérant, il ne veut pas se retrouver jusqu'à son décès dépendant de l'aide de tiers ou plongé dans une « somnolence » mentale induite par des calmants ou d'autres médicaments s'il devait souffrir d'une telle maladie. Par ailleurs, le deuxième requérant a déjà été condamné avec force de chose jugée le 16 juillet 2018 pour aide au suicide en application du paragraphe 78 *StGB* – C. pénal.

Le quatrième requérant fonde la légitimité de sa requête sur son activité professionnelle en tant que médecin généraliste, anesthésiste-réanimateur dans le cadre de laquelle il est régulièrement confronté aux souhaits des patients de pouvoir bénéficier de l'aide au suicide ou de l'euthanasie active, qu'il ne peut exaucer sous peine de conséquences pénales, disciplinaires et professionnelles.

En même temps, l'euthanasie passive demandée dans les directives anticipées ou les mandats de protection future entre autres posent également des questions difficiles concernant la volonté (présumée) du patient, lesquelles placent juridiquement le praticien dans une zone grise.

3. En ce qui concerne la requête individuelle en abrogation de la loi, la Cour constitutionnelle a dans sa jurisprudence permanente adopté une position selon laquelle le but poursuivi par la requête est l'abrogation du passage contesté dans la loi afin d'en supprimer le défaut de légalité allégué; ce qui implique que la légitimité de la requête n'est pas fondée dans le cas où l'abrogation de la disposition légale attaquée ne changerait rien à la position juridique du requérant (*VfSlg. 13.112/1992*).

Au sujet de la demande en abrogation du paragraphe 77 *StGB* – C. pén. et comme le gouvernement fédéral le souligne à juste titre, il faut tenir compte de ce que l'acte incriminé d'homicide à la demande de la victime est puni d'une peine moins lourde que le meurtre selon le paragraphe 75 et constitue une *lex specialis* par rapport à ce paragraphe. A la différence du paragraphe 78 *StGB* – C. pén., lequel constitue une infraction autonome, les paragraphes 75 et 77 *StGB* – C. pén. partagent le même élément d'infraction fondamental (comp. commentaire législatif *Erläut. zur RV 30 B1gNR 13. GP, 196; Birklbauer, § 77 StGB, in: Höpfel/Ratz [Hrsg.], périodique juridique Wiener Kommentar zum StGB², 216. Lfg. 2019, point 1*). Il s'ensuit qu'en cas d'abrogation du paragraphe 77 *StGB* – C. pén., l'homicide commis dans le cadre de l'aide au suicide serait toujours puni d'une sanction, en vertu du paragraphe 75 *StGB* – C. pén., et que par conséquent, il serait impossible de parvenir au résultat attendu des requérants, à savoir une dépenalisation de l'euthanasie active. À l'inverse, l'abrogation du paragraphe 77 *StGB* – C. pén. entraînerait même une aggravation de la peine prévue, contraire à leurs aspirations.

Le moyen des requérants pour contester le paragraphe 77 *StGB* – C. pén. s'avère formulé de manière trop restrictive.

4. S'appuyant sur les requêtes des premier, deuxième et troisième requérants, la Cour constitutionnelle ne met pas en doute le fait que le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. porte directement et actuellement atteinte à leurs droits:

4.1. L'interdiction de l'aide au suicide réglementée au paragraphe 78 *StGB* – C. pén. ne s'adresse pas à des personnes souhaitant se suicider mais à autrui – tel que le quatrième requérant par exemple. Il n'en reste pas moins que les premier, deuxième et troisième requérants sont également concernés par la disposition contestée puisqu'elle les affecte considérablement d'un point de vue juridique et non pas uniquement de façon marginale. Une norme réglementant une interdiction affecte les droits de la personne lorsque l'interdiction qui est destinée à des tiers cherche aussi à restreindre la liberté d'action de personnes données – même si ces dernières ne sont pas directement visées. L'interdiction stipulée audit paragraphe qui s'adresse à des tiers empêche les premier, deuxième et troisième requérants de recourir, comme ils le souhaitent, à l'aide d'autrui pour se suicider. Il en résulte que le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. attaqué a l'effet d'une injonction légale qui leur est destinée.

4.2. Contrairement à l'avis donné par le gouvernement fédéral dans sa déclaration, le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. affecte actuellement le deuxième tout autant que les premier et troisième requérants:

Le deuxième requérant invoque comme motif de sa requête qu'il est certes en bonne santé mais souhaite pouvoir décider en exerçant son droit à l'autodétermination le moment et la manière de son décès au cas où il serait atteint dans les années à venir d'une maladie s'accompagnant de grandes souffrances. Par ailleurs, le deuxième requérant a déjà été condamné avec force de chose jugée le 16 juillet 2018 en application du paragraphe 78 *StGB* – C. pén. pour avoir aidé son épouse atteinte d'un cancer à se suicider.

La Cour constitutionnelle est d'avis que le fait d'être affecté actuellement par le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. ne présuppose pas que le deuxième requérant soit atteint d'une maladie incurable ou souhaite (actuellement) pour d'autres raisons mourir (actuellement) avec l'assistance de tiers au moment du dépôt de sa requête ou de la décision rendue par la Cour. Si l'on tient compte des arguments que celui-ci présente, ledit paragraphe porte aussi actuellement atteinte à ses droits dans la mesure où cette prescription pénale l'empêche de prendre des dispositions pour une mort autodéterminée avec l'aide d'un tiers, vu que ce dernier s'exposerait alors à une sanction pénale.

4.3. Les premier, deuxième et troisième requérants ne disposaient ici d'aucune autre voie que de saisir la Cour afin qu'elle examine la constitutionnalité de la disposition contestée. En ce qui concerne la condamnation pénale du deuxième requérant pour avoir aidé sa conjointe à se suicider, la procédure pénale devant le *Landesgericht de Wiener Neustadt* (première instance) ne représentait pas une voie acceptable pour soumettre à la Cour constitutionnelle les objections exprimées dans la présente requête. Relatifs au paragraphe 78 *StGB – C. pén.*, ces griefs formulés par le deuxième requérant reflètent le point de vue d'une personne qui veut pouvoir recourir pour elle-même à l'aide au suicide, et ne serait-ce que pour cette raison, la procédure pénale susmentionnée ne saurait donc être considérée comme une voie acceptable.

5. Pour ce qui est du paragraphe 78 *StGB – C. pén.*, la requête du quatrième requérant est également légitime.

Comme mentionné ci-dessus, ledit paragraphe de par son libellé ne vise par les suicidants mais les tiers tels que le quatrième requérant. La Cour constitutionnelle ne met pas en doute que l'interdiction qui y est stipulée affecte les droits de ce dernier (comp. e.g. *VfSlg. 8009/1977, 14.321/1995, 15.127/1998, 15.665/1999, 20.002/2015*). Celui-ci s'exposerait en particulier à des poursuites pénales en cas d'infraction. Il est en outre tenu d'exercer sa profession «dans le respect des dispositions en vigueur» (paragraphe 49, premier alinéa *ÄrzteG 1998 – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins*), notamment aussi des conditions légales pénales.

À cela vient s'ajouter le fait qu'il ne dispose pas d'autre voie pour saisir la Cour constitutionnelle de l'examen en constitutionnalité du paragraphe 78 *StGB – C. pénal*. Il n'est raisonnablement pas possible d'exiger du quatrième requérant qu'il provoque une procédure pénale de manière à déclencher dans le cadre de celle-ci le dépôt d'une requête selon l'article 140, paragraphe 1, premier alinéa, point a) *Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG* (Constitution) ou présenter une requête en tant que partie conformément à l'article 140, paragraphe 1, premier alinéa, point d) *Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG* (Constitution) (comp. également *VfSlg. 14.260/1995, 15.589/1999*).

6. Étant donné que ne sont pas ressortis de la procédure des éléments qui feraient douter de ce que les autres exigences relatives au procès sont bien remplies, la requête en abrogation du paragraphe 78 *StGB* – C. pén. est recevable. Sur les autres moyens, la requête est irrecevable pour des raisons de forme.

B. Sur le fond

Dans le cadre d'une procédure en examen de la constitutionnalité d'une loi, engagée après saisine de la Cour constitutionnelle en vertu de l'article 140 *B-VG* (Constitution), la Cour ne considère que les questions posées (comp. *VfSlg.* 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Par conséquent, elle ne statue que sur la question de savoir si la disposition contestée est contraire à la Constitution pour les motifs exposés avec la requête (*VfSlg.* 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

Dès lors que la requête est recevable, elle est fondée pour ce qui est du deuxième élément de l'infraction incriminée au paragraphe 78 *StGB* – C. pén., à savoir les mots «ou l'aide à cet effet,». Elle est infondée pour le reste:

1. Les requérants fondent l'inconstitutionnalité de la disposition du paragraphe 78 *StGB* – C. pén. (grief recevable) sur le motif que celle-ci porte atteinte aux droits, garantis par la Constitution, au respect de la dignité humaine selon l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la Charte), à la vie selon l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme – CEDH et l'article 2 de la Charte, au respect de la vie privée et familiale selon l'article 8 CEDH et l'article 7 de la Charte, de l'égalité entre tous les citoyens devant la loi selon l'article 7, paragraphe 1 *B-VG* (Constitution) et l'article 2 de la *Staatsgrundgesetz* – *StGG* (Loi fondamentale d'État), à la liberté de pensée, de conscience et de religion selon l'article 9 CEDH et l'article 10, paragraphe 1 de la Charte ainsi qu'au droit visé à l'article 3 CEDH et l'article 4 de la Charte, de ne pas être soumis à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants (torture), viole l'interdiction de discrimination ancrée à l'article 14 CEDH et l'article 21 de la Charte et représente un manquement au principe de détermination selon l'article 18 *B-VG* (Constitution).

À cette fin, les requérants font d'abord référence à la morale chrétienne, à l'origine du paragraphe contesté 78 *StGB* – C. pén., et à l'influence exercée sur la législation nationale par les organisations religieuses ou proches de l'Église, à la contradiction entre cette disposition et l'opinion majoritaire dans la population autrichienne ainsi qu'aux suicides et tentatives de suicide ratées avec souvent de graves conséquences, dont les taux en Autriche sont élevés en comparaison internationale. Vu que la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales est un «instrument vivant» et que la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie également sur des données statistiques dans son examen du respect des droits fondamentaux, il faut tenir compte de ces circonstances (nouvelles) dans l'examen de constitutionnalité.

De l'avis des requérants, le taux de suicides et de tentatives de suicide en Autriche vient justement démontrer que ledit paragraphe n'est pas approprié pour apporter une contribution raisonnable en matière de lutte et de prévention du suicide. Au contraire, l'effet de l'interdiction indifférenciée qu'il contient est que des personnes qui souffrent, sont contraintes de supporter des situations dégradantes ou de recourir à l'euthanasie à l'étranger, avec bien souvent des risques de poursuites pénales pour ceux qui leur ont apporté de l'aide. Sachant qu'elle doit se rendre seule à l'étranger (et au cas où n'y est proposée qu'une possibilité de suicide assisté mais pas d'euthanasie active), la personne concernée est en plus dans l'obligation d'avancer la date de sa mort afin d'être encore physiquement en état de réaliser son projet.

Non seulement, le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. s'avère inapproprié, mais s'avérant également disproportionné, il ne saurait justifier l'atteinte aux droits fondamentaux des intéressés qu'implique cette disposition. Pas plus les risques d'abus soulevés par les défenseurs d'une interdiction de l'euthanasie que la possibilité de recourir à la médecine palliative que ceux-ci invoquent ou encore les modèles commerciaux des associations pour l'aide à mourir ne seraient des arguments décisifs. À cela il faut ajouter qu'il existe un médicament, le pentobarbital de sodium, qui a fait ses preuves comme substance permettant un suicide sûr, sans douleur et non dégradant pour la personne concernée.

En outre, on ne saurait pas plus déduire de l'article 2 que de l'article 8 CEDH ou d'un autre droit fondamental une obligation de l'État d'interdire l'euthanasie ou

une obligation pour quiconque de «vivre et souffrir»; le droit à l'autodétermination dont jouit chaque individu primerait dans tous les cas sur les obligations de l'État en matière de protection. Comme le montre l'exemple d'autres pays, la dépénalisation de l'euthanasie serait plus à même que son interdiction de contribuer au recul du taux de suicide et par conséquent, à la protection de la vie. Il serait aussi possible ici d'établir directement une comparaison avec la légalisation de l'interruption de grossesse, laquelle a aidé à éviter des souffrances émotionnelles et psychiques ainsi que des risques pour la santé.

Enfin, les faits constitutifs de «l'assistance au suicide» selon le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. s'avèreraient aussi trop vagues, les éléments que sont la «provocation» et «l'aide» ne permettant pas d'établir de distinction claire entre ce qui est permis et ce qui est prohibé au regard des mesures d'euthanasie passive ou en cas de suicide ou de tentative de suicide; notamment l'acte incriminé constituant «l'aide» y serait défini de manière bien trop large.

2. Résumée, la réponse du gouvernement fédéral consiste à dire que selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'émanerait ni de l'article 2 ni de l'article 3 CEDH, ni des droits correspondants fixés dans la Charte des droits fondamentaux un droit à l'euthanasie ou, pour l'État, une obligation positive correspondante de protection et que le droit à la dignité humaine en vertu de l'article 1^{er} de la Charte ne garantirait aucun droit subjectif autonome. Pour ce qui est des droits inscrits dans la Charte, invoqués par les requérants, le gouvernement fédéral fait remarquer par ailleurs que la disposition contestée du paragraphe 78 *StGB* – C. pén. (grief recevable) ne se référant pas au droit de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux n'est pas du tout applicable.

En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée en vertu de l'article 8 CEDH, le gouvernement fédéral est de l'avis qu'il y est bien porté atteinte. Des intérêts publics majeurs font que l'obligation de protection à l'égard des personnes vulnérables émanant pour l'État de l'article 2 CEDH et la vaste marge d'appréciation reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme justifieraient toutefois une telle atteinte. L'interdiction de l'euthanasie active viserait ici à protéger la vie des autres et essaierait d'éviter les abus potentiels accompagnant sa libéralisation. Même le fait que d'autres mesures permettraient de

parvenir à ce résultat ne signifierait pas que les dispositions attaquées sont contraires à la Constitution.

Dans ce contexte, il faudrait par ailleurs tenir compte de ce qu'avec les paragraphes (77 et) 78 *StGB* – C. pén., les normes juridiques autrichiennes privilégient ici objectivement des mesures d'euthanasie par rapport à d'autres homicides et que le droit à l'autodétermination dont dispose chaque individu serait suffisamment pris en considération au vu de l'impunité garantie au suicide commis sans aide extérieure, de l'autorisation de l'euthanasie active indirecte et passive ainsi que de la possibilité de formuler des directives anticipées. N'étant qu'en partie pertinente – sachant qu'elle a été prononcée sur des mesures pour le maintien artificiel de la vie –, et ayant été en partie rendue dans une situation juridique différente, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour administrative fédérale allemande, invoquée par les requérants pour étayer leur position, ne permettrait pas de tirer des conclusions pour une évaluation s'appuyant sur la Constitution fédérale autrichienne.

Déjà pour la simple raison qu'il n'aurait pas été établi de corrélation entre le recours au suicide assisté et une religion ou une philosophie de la vie, les doutes émis par les requérants au sujet de la liberté de religion et de conscience en vertu de l'article 9, paragraphe 1 CEDH ne seraient pas pertinents. Toute infraction à l'interdiction de discrimination en vertu de l'article 14 CEDH serait à écarter parce que les requérants n'ont pas placé cet article en rapport avec un autre droit conventionnel et que par ailleurs, le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. s'appliquerait de la même façon à tous; l'article 14 CEDH n'exigeant absolument pas de fixer une exception pour les personnes qui sont physiquement incapables de se suicider sans l'aide d'un tiers. De même, ledit paragraphe ne violerait pas non plus le principe de détermination vu qu'il serait possible de dégager un contenu clairement déterminable de la détermination qui y est donnée.

Les aspects socio-politiques de l'interdiction de l'euthanasie présentés dans la requête n'auraient pas plus d'importance que les descriptions relatives à la situation légale dans d'autres pays qu'elle contient. D'une part, les différences entre les situations légales nationales ne permettraient pas de tirer de conclusions sur la constitutionnalité de lois autrichiennes. D'autre part, les réglementations légales en vigueur dans d'autres pays seraient hors du pouvoir d'ingérence

dont dispose le législateur autrichien. Enfin, le grief exprimé par les requérants à propos des poursuites pénales encourues selon le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. pour des mesures d'euthanasie prises à l'étranger concernerait en vérité la disposition du paragraphe 64, premier alinéa, point 7 *StGB* – C. pén., laquelle n'est pas contestée dans la requête.

3. Les textes et pièces déterminants sont les suivants:

3.1. Selon les termes de la disposition du paragraphe 77 *StGB* – C. pén., publié au Journal officiel *BGBI. 60/1974*, figurant sous le titre «Homicide sur demande» encourt une peine «[q]uiconque commet un homicide à la demande expresse et sérieuse de la victime». La peine (privative de liberté) prévue dans ce cas est d'une durée comprise entre six mois et cinq ans. Suit directement le paragraphe 78 *StGB* – C. pén., publié au Journal officiel *BGBI. 60/1974*, lequel punit aussi d'une sanction «l'assistance au suicide», la description de l'élément matériel précisant qu'est coupable d'une telle infraction «[q]uiconque incite au suicide d'autrui ou l'aide à cet effet». Là encore, la peine (privative de liberté) encourue est d'une durée comprise entre six mois et cinq ans.

L'acte incriminé « d'homicide sur demande » selon le paragraphe 77 *StGB* – C. pén. a été repris du paragraphe 139b *Strafgesetz 1852 – StG 1852* (Code pénal de 1852) – dans le Code pénal promulgué en 1975. Dans la version actuelle, les éléments de l'infraction visée au paragraphe 77 *StGB* – C. pén. remontent ainsi à la requalification des homicides avec préméditation survenue avec la *Strafrechtsänderungsgesetz 1934* – (loi portant amendement du droit pénal de 1934, publiée au Journal officiel *BGBI. 77/1934*) (comp. commentaire législatif *Erläut. zur RV 30 BlgNR 13. GP, 196*). Auparavant, l'homicide sur demande était qualifié de meurtre selon les paragraphes 4 et 134 *StG 1852* – C. pén. de 1852 (publiés au *Reichsgesetzblatt* – Bulletin législatif de l'Empire autrichien *RGBl. 117*) (*Birkbauer, § 77 StGB, in: Höpfel/Ratz [Hrsg.], Wiener Kommentar zum StGB², 216. Lfg. 2019, point 10*).

Comme l'indique le dossier documentaire, les éléments de l'infraction incriminée au paragraphe 78 *StGB* – C. pén., publié au Journal officiel *BGBI. 60/1974*, reprennent le paragraphe 139b *StG 1852* – C. pén. de 1852, le législateur du Code pénal de 1975 partant du principe qu'il était difficile d'opérer la distinction entre

l'aide et la provocation au suicide d'un côté et l'homicide sur demande d'un autre côté. Tout comme ceux de l'homicide sur demande, les éléments de «l'assistance au suicide» remontent à la *Strafrechtsänderungsgesetz 1934* –loi portant amendement du droit pénal de 1934 (publiée au Journal officiel *BGBI. 77/1934*) (commentaire législatif *Erläut. zur RV 30 BlgNR 13. GP, 196*). Auparavant, la participation au suicide était qualifiée sous l'infraction de «mise en danger de la vie d'autrui» visée au paragraphe 335 *StG 1852 – C. pén. de 1852*, ce qui fut toutefois l'objet de critiques vu que cela présupposait que l'acte principal (le suicide) était punissable, (*Birklbauer, § 78 StGB, in: Höpfel/Ratz [Hrsg.], Wiener Kommentar zum StGB², 217. Lfg. 2019, point 14*).

En ce qui concerne le paragraphe 64, premier alinéa, point 7 *StGB – C. pén.*, publié au Journal officiel *BGBI. 60/1974*, dans sa version selon *BGBI. I 105/2019*, ces sanctions sont aussi applicables lorsque l'infraction a été commise à l'étranger certes, mais par un ressortissant autrichien sur un autre ressortissant autrichien et que tous les deux sont domiciliés ou résident habituellement en Autriche.

La distinction entre les éléments de l'infraction selon les paragraphes 77 et 78 *StGB – C. pén.* s'opère conformément à la jurisprudence de la Cour suprême où il y a suicide selon l'article 78 *StGB – C. pén.* lorsque la personne souhaitant mettre fin à ses jours (en raison d'une décision prise librement, en pleine possession de ses moyens et sans vice de consentement) commet sur elle-même directement et avec préméditation l'acte provoquant la mort (comp. décision de la Cour suprême *OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98* entre autres) et homicide sur demande selon l'article 77 *StGB – C. pén.* lorsqu'un tiers (sur une demande sérieuse de la victime allant au-delà d'un simple consentement donné en raison de l'humeur du moment) entreprend l'action qui conduit directement à la mort (comp. *OGH 28.8.1973, 12 Os 57/73; 19.2.2008, 14 Os 2/08p*). Lorsqu'un comportement axé sur le suicide coïncide avec un homicide où il est considéré que l'auteur a directement commis l'infraction, il n'est pas possible de rattacher l'homicide au paragraphe 78 *StGB – C. pén.* (décision de la Cour suprême *OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98* entre autres).

3.2. Les éléments qualifiant l'infraction selon le paragraphe 78 *StGB – C. pén.* déclarent passibles de sanctions certaines formes de complicité («l'incitation»

correspondant à un acte consistant à faire surgir chez autrui la résolution de faire quelque chose – *Bestimmungstäterschaft*, «l'aide» à un acte consistant à contribuer à la réalisation d'une infraction – *Beitragstäterschaft*) à un suicide qui n'est pas punissable en soi; cela est à évaluer dans un contexte où en raison de cette impunité, les dispositions du paragraphe 12 *StGB* – C. pén. réglementant la participation ne s'appliquent pas (*OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98* entre autres; commentaire législatif *Erläut. zur RV 30 BlgNR 13. GP*, 196 et suiv.).

Il faut distinguer l'un de l'autre les deux éléments de l'infraction mentionnés dans le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. («[q]uiconque incite au suicide d'autrui ou l'aide à cet effet». En vertu de la jurisprudence de la Cour suprême, la notion «d'incitation» figurant audit paragraphe (comme premier élément de l'infraction) s'entend comme une instigation, celle «d'aide» (comme second élément) dans le sens d'un comportement qui favorise le suicide (*OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98* entre autres; comp. aussi commentaire législatif *Erläut. zur RV 30 BlgNR 13. GP*, 196 et suiv.). Est commun aux deux actes le fait qu'ils ne conduisent pas directement à la mort mais précèdent l'acte de tuer, immédiat et décisif, commis par le suicidant (*OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98* entre autres; *Birklbauer, § 78 StGB, in: Höpfel/Ratz [Hrsg.], Wiener Kommentar zum StGB², 217. Lfg. 2019*, point 45).

Pour ce qui est de la complicité induite par l'aide apportée, il ne faut pas nécessairement que la réalisation du projet ait été impossible sans cette aide (*OGH 28.8.1973, 12 Os 57/73*), il suffit tout simplement que le suicide soit facilité ou favorisé de quelque manière que ce soit – physiquement ou moralement, (comp. *OGH 21.3.1972, 12 Os 239/71*). D'un point de vue subjectif, l'auteur doit dans ce contexte au moins considérer comme sérieusement possible l'exécution d'une décision de se tuer prise librement par autrui et la complicité dans un suicide alors commis sur la base d'une telle résolution et l'accepter (*OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98* entre autres).

De façon générale, l'omission volontaire d'empêcher un suicide n'est pas une infraction sanctionnable. La seule exception étant les cas où la loi ou un contrat obligeaient à le surveiller la personne qui omet d'empêcher le suicidant de passer à l'acte (*OGH 21.3.1972, 12 Os 239/71*).

3.3. Conformément aux termes du paragraphe 49a, premier alinéa *ÄrzteG 1998* – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins, placé sous le titre «Accompagnement des mourants» et nouvellement introduit avec l'amendement publié au Journal officiel *BGBI. I 20/2019*, «[l]e médecin doit accompagner le mourant qu'il a pris en charge en sauvegardant sa dignité». Est ensuite stipulé au paragraphe 49a, deuxième alinéa de cette loi: «Au sens défini par le premier alinéa, il est aussi permis de prendre dans le cadre de soins palliatifs des mesures dont l'utilité pour soulager les douleurs et souffrances extrêmes du mourant l'emporte sur le risque d'accélérer la perte des fonctions vitales.»

3.4. Le commentaire législatif (*Erläut. zur RV 385 BlgNR 26. GP, 2 et suiv.*) nous fournit les indications suivantes au sujet de cette règle nouvellement introduite dans la *Ärztegesetz 1998* (loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins):

«Depuis quelque temps, les changements démographiques donnent de plus en plus lieu à une réflexion sur la fin de vie et les questions relatives à la dignité humaine et le progrès médical qui y sont liées. L'inscription de la médecine palliative sur la liste du *Spezialisierungsverordnung 2017 (SpezV 2017* – règlement sur les spécialisations médicales) de la Chambre des médecins autrichienne prouve les besoins en soins palliatifs de qualité. De même, la loi *Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG* – loi relative à la santé et aux soins infirmiers), publiée au Journal officiel *BGBI. I 108/1997*, prévoit depuis son amendement *GuKG-Novelle 2016* publié au Journal officiel *BGBI. I 120/2016*, une spécialisation «Soins en hospices et unités palliatives» pour les catégories supérieures de personnel des soins de santé et médicaux.

Le cas récent d'un médecin installé à Salzbourg a mis en lumière la zone grise éthique et la grande perplexité qui règne chez les médecins, parfois au détriment des patients. Il a été reproché à ce praticien d'avoir administré à une patiente de 79 ans une dose de morphine telle qu'elle a entraîné la mort. Même s'il a en fin de compte été acquitté sous les charges d'homicide involontaire après avoir été accusé de meurtre dans un premier temps, cela a suscité un certain malaise et de profondes incertitudes dans le secteur des soins palliatifs.

Les choses sont claires lorsque le patient exerce son droit à l'autodétermination pour refuser une ou plusieurs interventions médicales. En plus de l'interdiction pénale des soins sans consentement (voir paragraphe 110 *StGB* – C. pén. ainsi que le paragraphe 8, troisième alinéa *KAKuG* – loi relative aux établissements hospitaliers et de cure), il faut dans ce contexte également mentionner l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et le droit à l'autodétermination de chaque individu qui y est garanti dont il résulte que les

blessures corporelles infligées contre la volonté de la personne concernée s'avèrent violer cette norme relative aux libertés fondamentales. La jurisprudence de la CEDH définit que des interventions pratiquées sur le corps portent atteinte à l'intégrité physique protégée par l'article 8 CEDH, peu importe qu'il s'agisse d'interventions thérapeutiques ou diagnostiques, invasives ou non. Cela n'est pas en contradiction avec l'article 2 CEDH et le droit à la vie qu'il établit vu qu'on ne peut en dégager un droit fondamental d'obligation de vivre. Pareillement, l'existence de directives anticipées où le patient exprime, encore en pleine possession de sa volonté décisionnelle et de sa capacité juridique, son refus de telles mesures pour le cas où il perdrait ces capacités devrait établir la clarté et par conséquent, la sécurité juridique (voir Loi relative aux directives anticipées, publiée au Journal officiel *BGBI. I 55/2006*). Il en est de même pour des déclarations correspondantes faites par le patient dans un mandat de protection future (§ 240 et suivants *ABGB – C. civ.*) ou un dossier de documentation établi dans le cadre de ce qu'on appelle *Vorsorgedialog*, dialogue de prévention (§ 239 *ABGB – C. civ.*). En l'absence d'expression écrite de sa part ou de représentant légal désigné pour les décisions médicales, il faut alors chercher à établir la volonté présumée du patient.

Néanmoins, ces règles ne répondent qu'à une partie de la question posée (voire pas du tout) puisqu'elles ne visent qu'un désistement thérapeutique (refus d'un traitement) souhaité par le patient expressément ou selon sa volonté établie (aussi présumée), la décision relative aux mesures palliatives n'excluant bien sûr pas des mesures curatives. À partir du moment où le patient dispose de ses capacités décisionnelle et juridique, son consentement à ce que des mesures palliatives remplacent le traitement actuel ou viennent le compléter garantit au praticien la sécurité juridique nécessaire.

Par contre, un tel régime ignore les cas où le patient n'est plus en état de décider, il est impossible d'établir sa volonté (présumée) et un changement de l'objectif thérapeutique risque d'abrèger sa vie. Il faut remédier à cela en se fondant sur le droit pénal pertinent et les prescriptions légales et professionnelles qui s'appliquent pour les médecins.

Dans tous les cas, l'euthanasie active est incriminée pénalement en Autriche et relève du meurtre (§ 75 *StGB*), de l'homicide sur demande (§ 77 *StGB*) ou de l'assistance au suicide (§ 78 *StGB*). En ce qui concerne les soins sans consentement, élément d'infraction déjà mentionné auparavant, les paragraphes 75, 77 et 78 *StGB – C. pén.* ne s'appliquent pas en cas d'interruption du traitement ou de désistement thérapeutique lorsque l'arrêt du traitement répond à la volonté du patient ou dit autrement, sa poursuite équivaldrait à des soins sans consentement. Pareillement, le non-recours consenti à des mesures ralentissant la phase agonique est légal dès lors que le principal objectif poursuivi n'est pas d'abrèger la vie mais de soulager la douleur en acceptant seulement comme conséquence cet effet secondaire. Il faut se référer au droit professionnel médical pour agir de manière conforme dans les cas susmentionnés d'absence de directives de la part du patient ou d'impossibilité d'établir sa volonté.

Il faudrait un consensus entre la médecine et le droit sur le fait que les mesures ne servant qu'à prolonger la phase agonique ne sont conformes ni aux principes de soins donnés de pleine conscience, ni à la nécessité de veiller au confort du patient. Il y a de nombreuses années, *Kopetzki* par exemple avait déjà attiré l'attention sur le fait qu'il ne fallait pas entamer ou poursuivre de traitement qui ne répondrait pas à une indication thérapeutique ou – ce qui revient au même – ne serait plus prometteur voire s'avèrerait inutile par manque d'efficacité. À cela viennent s'ajouter les circonstances où la phase agonique s'étant inexorablement engagée, d'autres interventions médicales ne feraient que la prolonger (*Kopetzki, Einleitung und Abbruch der medizinischen Behandlung beim einwilligungsunfähigen Patienten, iFamZ 2007, 197 (201)*, et les autres références qui y sont citées).

Avec ses recommandations sur la question de mourir dans la dignité, la commission bioéthique va dans le même sens lorsqu'elle constate que face au manque de proportionnalité, aucune raison éthique ou médicale ne saurait justifier des interventions médicales n'apportant rien au patient ou provoquant chez lui un stress supérieur à l'utilité éventuelle et susceptibles de prolonger la phase agonique en fin de vie. Le critère de la proportionnalité est à appliquer en cas d'un éventuel et hypothétique bénéfique dans le temps, ce qui signifie qu'il faut pondérer entre le stress actuel et l'hypothétique bénéfique qui pourrait apparaître ultérieurement. Il revient au médecin de mettre ces éléments en balance (Avis de la commission bioéthique, 9.2.2015, Mourir dans la dignité, Recommandations relatives à l'accompagnement et la prise en charge des personnes en fin de vie et des questions y relatives, p. 30).

De ces explications, on pourrait conclure que les droits fondamentaux, le droit pénal et le droit professionnel médical fournissent de toute façon une réponse sans équivoque et garantissent une sécurité juridique suffisante permettant au médecin de prendre des décisions lorsque son patient arrive en fin de vie. Pourtant, face aux poursuites pénales mentionnées en introduction et aux incertitudes qu'elles ont suscitées au sein des médecins prodiguant des soins palliatifs, se pose quand même la question d'une éventuelle réaction de la part du législateur ne se contentant pas d'interpréter la réglementation en vigueur mais contribuant déjà lui-même à plus de clarté par les termes employés dans la loi. Notamment pour les cas où il faut envisager des mesures médicales visant à réduire les souffrances pour des patients dont la phase agonique a inexorablement commencé. Le rapport de la Commission d'enquête parlementaire 491 *BlgNR 25. GP* souligne lui aussi l'importance des soins palliatifs (voir notamment ses recommandations 23 et 50).

Domaine réglementé :

S'appuyant sur le (modèle de) code déontologique des médecins exerçant en Allemagne (*MBO-Ä 1997*), la nouvelle disposition du paragraphe 49a doit réglementer un devoir d'assistance aux mourants pour les médecins.

Selon les termes des principes édictés par la Chambre fédérale des médecins sur l'accompagnement médical en fin de vie, le médecin est tenu d'aider le mourant, c'est à dire le malade ou le blessé présentant une défaillance irréversible d'une ou de plusieurs fonctions vitales et dont la mort est proche, à mourir dans la dignité. Cette aide est apportée sous forme de soins palliatifs et donc aussi d'assistance et de soins pour la prise en charge de base. N'y sont pas toujours comprises la nutrition et l'hydratation car elles peuvent susciter un grand stress chez les personnes en fin de vie. Il faut toutefois apaiser les perceptions subjectives que sont la faim et la soif. On renoncera ou mettra un terme aux mesures qui ne servent qu'à retarder la mort. Il devient parfois si primordial de soulager la douleur de la personne en fin de vie qu'est alors accepté le raccourcissement inévitable de la vie que cela peut éventuellement entraîner.

C'est ainsi que le paragraphe 49a, premier alinéa stipule que le médecin doit accompagner le mourant qu'il a pris en charge en sauvegardant sa dignité.

Les conditions générales s'appliquent aux accords de traitement réglant ces questions.

Le paragraphe 49, premier alinéa *ÄrzteG 1998* – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins oblige déjà le médecin à s'occuper avec conscience de toute personne malade ou en bonne santé qu'il prend en charge à des fins de traitement ou de conseil, sans faire de différence en fonction de la personne [...] et assurer le confort des patients et la protection des personnes en bonne santé conformément à la science et l'expérience médicales ainsi que dans le respect des dispositions en vigueur et des normes techniques de qualité.

Dans le contexte du devoir d'assistance selon son premier alinéa ainsi que de l'obligation d'assurer le confort du patient stipulée au paragraphe 49, premier alinéa *ÄrzteG 1998* – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins, le paragraphe 49a, deuxième alinéa prévoit une précision complémentaire selon laquelle il est aussi permis de prendre dans le cadre de soins palliatifs des mesures dont l'utilité pour soulager les douleurs et souffrances extrêmes du mourant l'emporte sur le risque d'accélérer ainsi la perte des fonctions vitales. Il va sans dire que de ce nouveau paragraphe 49a ne résulte aucune modification et que l'euthanasie active reste interdite selon les actes incriminés (§§ 75, 77 et 78 *StGB* – C. pén.). Le paragraphe 49, premier alinéa *ÄrzteG 1998* – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins, codifiant l'exercice de la profession dans le respect des dispositions en vigueur répond particulièrement au principe d'uniformité des normes de droit.

Le terme «souffrances» utilisé au paragraphe 49a, deuxième alinéa s'entend comme une détresse ou un état anxieux, lesquels en raison de leur intensité extrême ou de leur caractère durable ou récurrent nuisent considérablement au confort moral et physique de l'intéressé (comp. p. ex. *OGH 16.06.2016, 12 Os 40/16y*).

Avec les termes «accélérer ainsi la perte des fonctions vitales» figurant au paragraphe 49a, deuxième alinéa, on veut préciser que n'est en aucun cas créée de base juridique pour l'euthanasie mais qu'il s'agit bien d'une mesure médicale répondant à une indication, mise en place dans une phase agonique. Étant donné qu'on cherche à assurer son confort, les douleurs et souffrances extrêmes du patient seront toujours évaluées au cas par cas et il ne sera pas procédé à une observation globale, le sentiment exprimé par le patient concret restant décisif.

[...]»

3.5. Obtenir un consentement est un préalable à tout traitement médical légal. Le paragraphe 252, premier alinéa de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB* (Code civil – C. civ.) précise qu'une personne majeure est la seule à pouvoir donner elle-même ce consentement dans la mesure où elle dispose de sa capacité décisionnelle. Selon la jurisprudence de la Cour suprême, le médecin est responsable des conséquences préjudiciables de tout acte médical pratiqué sur le patient sans son consentement suffisamment éclairé lorsque ce dernier n'y aurait autrement pas consenti, ce même si le médecin n'a pas commis de faute professionnelle médicale (comp. *OGH 7.2.1989, 1 Ob 713/88; 25.1.1990, 7 Ob 727/89; 18.12.2019, 5 Ob 179/19p*).

Au cas où il doute de la capacité décisionnelle d'une personne majeure, le médecin est tenu de manifestement chercher à consulter la famille, des proches, des personnes de confiance ou des spécialistes ayant l'habitude de s'occuper de personnes dans des circonstances de vie aussi difficiles, lesquels sont susceptibles d'aider la personne majeure à récupérer cette capacité (§ 252, deuxième alinéa, première phrase *ABGB – C. civ.*). Il est dérogé à cette obligation (uniquement) dans les cas où le retard ainsi occasionné risquerait de mettre en péril la vie du patient, de nuire gravement à sa santé ou de le faire extrêmement souffrir (§ 252, quatrième alinéa *ABGB – C. civ.*).

En outre, l'accord de son représentant est nécessaire pour le traitement médical d'une personne ne disposant pas de sa capacité décisionnelle (§ 253, premier alinéa *ABGB – C. civ.*). Si cette dernière fait comprendre à son représentant thérapeutique ou son représentant légal ou à son médecin qu'elle refuse le traitement médical ou sa continuation, leur accord nécessite l'autorisation d'une juridiction (§ 254, premier alinéa *ABGB – C. civ.*). Lorsque le représentant thérapeutique ou légal ne donne pas son accord pour que soit entrepris ou poursuivi

le traitement d'une personne majeure n'ayant pas sa capacité décisionnelle, s'opposant ainsi à la volonté de la personne qu'il représente, la juridiction peut donner l'accord à sa place ou désigner un autre représentant (§ 254, deuxième alinéa *ABGB* – C. civ.).

Il est de nouveau dérogé à ces dispositions en cas de péril pour la vie du patient, de risques graves pour sa santé ou de fortes souffrances (§ 252, troisième alinéa *ABGB* – C. civ.).

3.6. Le paragraphe 110 *StGB* – C. pén. régit l'infraction de «soins sans consentement». Le consentement du patient, condition *sine qua non* pour exclure les éléments objectifs de l'infraction selon le paragraphe 110, premier alinéa *StGB* – C. pén., n'est valide que s'il a été donné par la personne autorisée à cet effet et que celle-ci en est jugée capable. Il doit avoir été donné sérieusement et être exempt de vices; ce qui signifie notamment qu'une information médicale appropriée sur le traitement thérapeutique a bien été fournie au préalable (comp. *Soyer/Schumann, § 110 StGB, in: Höpfel/Ratz [Hrsg.], Wiener Kommentar zum StGB², 158. Lfg. 2016, points 15 et suiv.*).

3.7. La *Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG* (loi fédérale relative aux directives anticipées), publiée au Journal officiel *BGBI. I 55/2006*, dans sa version selon *BGBI. I 12/2019* réglemente les conditions et la validité d'une déclaration de volonté dans laquelle un patient refuse un traitement médical, qui est destinée à prendre effet si celui-ci est hors d'état de décider au moment du traitement («directives anticipées»).

Les traitements médicaux faisant l'objet du refus doivent être décrits avec précision dans les directives anticipées dites contraignantes ou se dégager clairement de leur contexte. Les directives doivent par ailleurs montrer que le patient est parfaitement conscient des conséquences qu'elles impliquent (§ 4 *PatVG* - loi fédérale relative aux directives anticipées). Une information selon les termes du paragraphe 5 *PatVG* est un préalable à l'établissement de directives anticipées dites contraignantes; le paragraphe 6 *PatVG* stipule les conditions formelles à satisfaire lors de leur rédaction. Les directives anticipées dites contraignantes perdent leur caractère contraignant huit ans après leur établissement dans la mesure où le patient n'a pas défini de période de validité

plus courte. Il est possible de les renouveler après information auprès d'un médecin selon le paragraphe 5, une nouvelle période de validité de huit ans ou moins si définie par le patient recommençant alors à courir.

Par ailleurs, la *Patientenverfügungs-Gesetz* (loi fédérale relative aux directives anticipées) définit la valeur des directives anticipées d'une autre nature (comp. §§ 8 et suivant PatVG).

4. Le seul objet (recevable) de cet examen en conformité de la loi est la constitutionnalité du paragraphe 78 *StGB* – C. pén. (grief recevable), lequel interdit pénalement l'incitation au suicide et l'assistance au suicide. Par contre, la Cour constitutionnelle n'a pas, dans la présente procédure, à statuer sur la constitutionnalité de l'interdiction de l'homicide commis à la demande expresse et sérieuse de la victime (§ 77 *StGB* – C. pén.), grief non recevable.

5. Comme établi par la Constitution, l'État de droit part de la liberté et de l'égalité de tous les êtres humains. Cela ressort entre autres de l'article 63, 1^{er} paragraphe du *Traité d'État de Saint-Germain*, lequel a (depuis la promulgation de la *Bundes-Verfassungsgesetz* [Constitution] le 1^{er} octobre 1920) valeur de loi constitutionnelle en vertu de l'article 149 *B-VG* (Constitution): L'État s'engage «à accorder à tous les habitants de l'Autriche pleine et entière protection de leur vie et leur liberté sans distinction de naissance, de nationalité, de langage, de race ou de religion».

Cela se concrétise également par la garantie de plusieurs droits fondamentaux dont notamment le droit à la vie privée selon l'article 8 CEDH et le droit à la vie selon l'article 2 CEDH ainsi que le principe d'égalité en vertu de l'article 2 *StGG* – Loi fondamentale d'État et de l'article 7, paragraphe 1 *B-VG* (Constitution) dont émane aussi le droit à la libre autodétermination garanti par la Constitution. Celui-ci englobe aussi bien le droit de disposer de sa vie que le droit de mourir dans la dignité.

5.1. L'article 8 CEDH proclame le droit de toute personne au respect de sa vie privée. Une atteinte à l'exercice de ce droit est permise dès lors qu'elle est prévue par la loi et qu'il s'agit d'une mesure nécessaire à la garantie de la sécurité nationale, au maintien de l'ordre public, la santé économique du pays, la

défense de l'ordre et la prévention d'activités illégales, la protection de la santé et de la moralité ou la protection des droits et libertés d'autrui dans une société démocratique.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 29.4.2002, Aff. *Pretty*, requête n° 2346/02, publication juridique *ÖJZ 2003*, 311 [points 61 et suiv.]), le refus de réaliser le souhait exprimé par la suicidante d'éviter une fin de vie indigne et pénible à ses yeux, représente une atteinte au droit au respect de la vie selon l'article 8 CEDH. Sans jamais méconnaître le principe de l'inviolabilité de la vie protégée par la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme prend en considération qu'à une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle (CEDH, Aff. *Pretty*, points 65 et 67; comp. aussi CEDH 19.7.2012, Aff. *Koch*, requête n° 497/09, publication juridique *EuGRZ 2012*, 616 [point 51]).

À la lumière de cet arrêt rendu dans l'affaire *Pretty*, la Cour européenne des droits de l'homme constate dans l'affaire *Haas* (CEDH 20.1.2011, requête n° 31.322/07, publication juridique *NJW 2011*, 3773 [points 50 et suiv.]), 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 former librement sa volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention (comp. CEDH, Aff. *Haas*, point 51; Aff. *Koch*, point 52). Aux yeux de la Cour, ce droit n'existe pas que de manière théorique et illusoire (CEDH, Aff. *Haas*, point 60; comp. aussi CEDH 13.5.1980, Aff. *Artico*, requête n° 6694/74, publication juridique *EuGRZ 1980*, 662 [point 33]).

Dans l'affaire *Haas*, la Cour européenne des droits de l'homme estime néanmoins qu'il convient de se référer, dans le cadre de l'examen d'une éventuelle violation de l'article 8 de la Convention, aussi à son article 2 régissant le droit à la vie. Il impose aux autorités le devoir de protéger les personnes vulnérables même contre des agissements par lesquels elles menacent leur propre vie et

d'empêcher un individu de mettre fin à ses jours si sa décision n'a pas été prise librement et en toute connaissance de cause (CEDH, Aff. *Haas*, point 54; à cet effet comp. aussi CEDH 5.6.2015 [GC], Aff. *Lambert*, requête n° 46.043/14, publication juridique *NJW 2015*, 2715 [points 136 et suiv.]).

Vu que les normes juridiques s'appliquant dans les États parties à la Convention divergent considérablement et qu'on est loin d'un consensus en leur sein, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît enfin l'existence d'une marge d'appréciation considérable quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin (CEDH, Aff. *Haas*, point 55; Aff. *Koch*, point 70; Aff. *Lambert*, points 144 et suiv.). Elle estime que, lorsqu'un pays adopte une approche libérale, des mesures appropriées de mise en œuvre d'une telle approche et des mesures de prévention des abus s'imposent; le droit à la vie garanti à l'article 2 de la Convention notamment oblige les États à mettre en place une procédure propre à assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé (CEDH, Aff. *Haas*, points 56 et suiv.).

5.2. L'article 2, 1^{er} paragraphe de la CEDH qui garantit à chacun le droit à sa vie, oblige l'État à défendre ce droit face aux menaces ne provenant pas de l'État comme face à celles qui en émanent. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme inclut également parmi les circonstances qualifiées particulières des mesures de protection en faveur de personnes présentant un risque suicidaire (p. ex. CEDH 22.11.2016, Aff. *Hiller*, requête n° 1967/14, publication juridique *NLMR 2016*, 503). Toutefois, le fait de protéger contre un suicide librement souhaité ne relève ni des attributions, ni du devoir de protection de l'État (comp. *Berka/Binder/Kneihls, Die Grundrechte*², 2019, 286).

5.3. Du principe d'égalité en vertu de l'article 2 *StGG* – Loi fondamentale d'État et de l'article 7, paragraphe 1 *B-VG* (Constitution) découle le droit qu'à chacun de déterminer librement comment disposer de sa vie et (quand) mourir dans la dignité. De par sa teneur élémentaire selon laquelle tous les êtres humains sont égaux devant la loi, ce principe constate que de par sa nature individuelle, chaque être humain est en soi différent et il permet d'en déduire la personnalité et l'individualité qui lui sont spécifiques (comp. *Holoubek, Art 7/1 S 1, 2 B-VG*, dans : *Korinek/Holoubek et al [Hrsg.], Bundesverfassungsrecht, 14. Lfg. 2018*,

points 62 et suiv.). Les droits fondamentaux garantissent la liberté de l'être humain, il est responsable par rapport à lui-même dans sa personnalité et son individualité.

6. S'inscrit d'abord dans l'autodétermination libre la décision de chacun sur la manière de disposer de sa vie et de l'organiser. En fait toutefois aussi partie la décision d'un individu sur le choix et les raisons de vouloir mettre un terme à sa vie dans la dignité. Tout cela est fonction de ses convictions et ses idées et relève de son autonomie.

Le droit à la libre autodétermination dégagé de la Constitution englobe non seulement la décision et les actes du suicidant lui-même mais aussi le droit qu'a celui-ci à recourir à l'assistance d'un tiers (qui est prêt à l'aider). Le suicidant peut effectivement dépendre de multiples façons de l'aide d'autrui pour transposer dans les faits sa décision prise librement de se suicider et l'exécuter de la manière qu'il a choisie. Il a par conséquent le droit à une mort autodéterminée dans la dignité; il faut pour cela lui donner la possibilité de recourir à l'assistance d'un tiers prêt à l'aider.

7. Dans sa décision versée au Recueil officiel des arrêts et décisions de la Cour sous la référence *VfSlg. 20.057/2016*, la Cour constitutionnelle avait déjà abordé la disposition de l'article 78 *StGB* – C. pénal. La raison en était la fondation prévue de "*Letzte Hilfe – Verein für selbstbestimmtes Sterben*" (association pour une mort autodéterminée) à laquelle les autorités administrant les associations n'avaient pas donné leur autorisation en raison d'une contradiction avec ce paragraphe. La Cour constitutionnelle a statué que la règle visée audit paragraphe était conforme à la Constitution lors d'une procédure de recours engagée en vertu de l'article 144 *B-VG* (Constitution), c'est à dire dans le contexte d'un cas spécifique (et non pas dans le cadre d'une procédure en contrôle de la constitutionnalité d'une loi). Pour cette raison, elle n'a pas statué de manière contraignante pour elle sur les moyens invoqués à l'encontre de la constitutionnalité du paragraphe 78 *StGB* – C. pén. qu'elle doit examiner dans la présente procédure.

N'est plus maintenu d'avis figurant dans la décision *VfSlg. 20.057/2016* qui s'avère différent de celui exprimé dans la présente.

Les deux éléments de l'infraction incriminée au paragraphe 78 *StGB* – C. pén. ont en commun qu'ils punissent l'assistance au suicide alors que (la tentative) de suicide n'est pas sanctionnable en tant que telle. Le fait que la mort est donnée par le suicidant lui-même est un autre point commun au premier et second éléments de ladite infraction.

La Cour constitutionnelle est d'avis qu'il s'impose néanmoins de faire la différence entre les deux lors de l'examen portant sur le respect des droits fondamentaux.

Les explications qui suivent concernent d'abord exclusivement le second élément de l'infraction incriminée au paragraphe 78 *StGB* («ou l'aide à cet effet») et ne s'appliquent pas au premier élément («Quiconque incite au suicide d'autrui»). Celui-ci sera traité aux points 18 et 19.

La Cour constitutionnelle est d'avis que l'interdiction du suicide assisté équivaut à une atteinte particulièrement prononcée au droit de chacun. Vu que le paragraphe 78, second élément *StGB* – C. pén. prohibe sans exception le suicide avec l'aide d'un tiers, il peut dans certaines circonstances et en raison d'une décision libre prise par celui-ci, placer l'intéressé, qui a alors choisi une forme de suicide indigne, dans une situation qui ne lui garantit plus une vie autodéterminée dans le respect de son intégrité et son identité, et par conséquent sa dignité. Applicable (uniquement) pour des mourants dans le cadre de soins palliatifs, c'est à dire à un moment où le processus lié à la mort relève essentiellement de la responsabilité des médecins, le paragraphe 49a, deuxième alinéa *ÄrzteG 1998* – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins ne peut rien y changer.

Des normes légales lui permettant de mettre un terme à sa vie dans la dignité, selon sa libre détermination et au moment qu'il a choisi, en recourant à l'assistance d'autrui, peuvent donner à l'intéressé la possibilité de vivre plus longtemps et ne pas le placer dans l'obligation de mettre prématurément fin à ses jours de manière indigne. Avec la possibilité de se suicider plus tard en bénéficiant de l'aide d'un tiers, il peut ainsi aussi gagner du temps de vie. Interdisant sans exception le suicide avec l'aide d'autrui, le paragraphe 78, second

élément *StGB* – C. pén. prive en fin de compte chacun de la possibilité de décider lui-même de mourir dans la dignité.

8. La Cour constitutionnelle ne peut pas sur ce point suivre l'opinion du gouvernement fédéral arguant de ce que le législateur disposerait d'une vaste marge d'appréciation en matière de réglementation de l'euthanasie.

Considérant que la disposition du paragraphe 78 (second élément) *StGB* – C.pén. affecte la décision existentielle sur le fait de disposer de sa vie et de sa mort et par conséquent, de façon essentielle le droit à l'autodétermination de chacun, le législateur ne dispose justement pas dans ces conditions d'une vaste marge d'appréciation.

9. Avec l'examen de la constitutionnalité du paragraphe 78 second élément *StGB* – C. pén., il ne s'agit pas de mettre en balance la protection de la vie du suicidant et son droit à l'autodétermination. S'il est indubitable qu'elle résulte d'une autodétermination libre, le législateur doit respecter la décision de suicide. Rien que l'approche consistant à déduire une obligation de vivre du droit à la protection de la vie ancré dans l'article 2 CEDH et de confier ainsi le devoir de protection au titulaire de ce droit fondamental est d'emblée erronée.

10. Vu l'irréversibilité du suicide, l'autodétermination libre de la personne décidée à mettre fin à ses jours doit réellement s'appuyer sur une décision durable (et non pas seulement momentanée). La protection de la vie comme le droit à l'autodétermination imposent au législateur d'autoriser le recours à l'aide d'autrui dans le cadre du suicide dès lors que la résolution est libre et autodéterminée, c'est à dire qu'elle repose sur une prise de décision éclairée et informée. Il doit en même temps tenir également compte de ce que le tiers qui apporte son aide doit disposer d'éléments suffisants qui indiquent que le suicidant a effectivement pris une décision qui est le fruit de son autodétermination libre.

11. À ce sujet, la Cour constitutionnelle peut rappeler que le législateur reconnaît et règle de façon détaillée le droit de chacun à l'autodétermination dans de multiples contextes y compris lorsque cela concerne la vie et la santé de l'intéressé:

11.1. Par exemple, le patient doit consentir au traitement médical et peut révoquer ce consentement à tout moment (comp. paragraphes 252 et suiv. *ABGB – C. civ.*). Il est dérogé à cette obligation (uniquement) dans les cas où le retard ainsi occasionné risquerait de mettre en péril la vie du patient, de nuire gravement à sa santé ou de le faire extrêmement souffrir (paragraphe 252, quatrième alinéa *ABGB – C. civ.*).

11.2. Le droit à l'autodétermination est également protégé par les éléments constitutifs des «soins sans consentement», acte incriminé au paragraphe 110 *StGB – C. pénal.* Avec cette règle, le législateur souligne l'importance d'informer le patient avant d'entreprendre (aussi) un traitement médical thérapeutique ainsi que la compétence qui revient au patient de prendre la décision finale (comp. *Soyer/Schumann*, à l'endroit indiqué, point 1). Le consentement du patient, condition préalable pour exclure les éléments objectifs de l'infraction selon le paragraphe 110, premier alinéa *StGB – C. pén.*, n'est valide que s'il a été donné par la personne autorisée à cet effet et que celle-ci en est jugée capable. Il doit avoir été donné sérieusement et être exempt de vices; ce qui signifie notamment qu'une information médicale appropriée sur le traitement thérapeutique a bien été fournie au préalable (comp. *Soyer/Schumann*, à l'endroit indiqué, points 15 et suiv.).

11.3. Le droit à l'autodétermination est aussi sous-jacent à la *Patientenverfügungs-Gesetz* (loi relative aux directives anticipées) (comp. p. ex. à cet effet le commentaire législatif *Erläut. zur RV 1299 B1gNR 22. GP*, 2, 4 et suiv.). Les directives anticipées doivent également garantir le droit du patient à l'autodétermination dans le cas où celui-ci n'est plus en état de refuser un traitement médical de manière contraignante au moment décisif. Elles permettent de fixer au préalable et de manière contraignante le refus du patient pour un traitement médical (paragraphe 1^{er}, deuxième alinéa *PatVG – loi relative aux directives anticipées*).

Des conditions formelles strictes s'appliquent pour garantir que les directives anticipées reflètent bien la volonté éclairée et informée et par conséquent, l'autodétermination libre du patient (comp. §§ 4 et suivants *PatVG – loi relative aux directives anticipées*).

11.4. Toutes ces dispositions nous montrent que le législateur considère le droit à l'autodétermination comme un élément central pour la question des traitements médicaux. Les directives anticipées garantissent par ailleurs l'obligation pour le médecin traitant de respecter la volonté, et donc le droit à l'autodétermination, du patient qui refuse un traitement médical particulier ou tout traitement médical dans le cas où celui-ci n'est plus en état de le faire au moment décisif. Les règles codifiant les directives anticipées prouvent bien que le législateur reconnaît le droit à l'autodétermination aussi dans le contexte de la décision relative à la fin de vie.

11.5. De l'avis de la Cour constitutionnelle, peu importe en principe pour les droits fondamentaux que le patient exerce son droit à l'autodétermination pour refuser des actes médicaux visant à prolonger ou maintenir la vie en s'appuyant sur le fait que sa volonté s'impose au médecin ou sur des directives anticipées ou qu'un suicidant veuille user de ce même droit pour mettre fin à ses jours dans la dignité à laquelle il aspire en recourant à l'aide d'un tiers. C'est le fait que la décision en cause repose bien sur une autodétermination libre de la personne qui importe à cet égard.

12. À cela s'ajoute qu'avec le paragraphe 49a (introduit par l'amendement *BGBI. I 20/2019*) et l'article 2, deuxième alinéa, point 6a *ÄrzteG 1998* – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins, pris en combinaison, le législateur a institué une règle autorisant l'euthanasie active (indirecte) dans certaines limites strictes. Selon les termes du paragraphe 49a, deuxième alinéa de la loi susmentionnée, il est notamment permis «de prendre dans le cadre de soins palliatifs des mesures dont l'utilité pour soulager les douleurs et souffrances extrêmes du mourant l'emporte sur le risque d'accélérer la perte des fonctions vitales.» Avec cette forme d'euthanasie, le médecin accepte cet effet secondaire inéluctable de son acte qu'est l'accélération de la mort induite par les mesures de réduction de la douleur.

En Autriche, l'opinion prévalente considère que, nonobstant le paragraphe 49a, deuxième alinéa *ÄrzteG 1998* – loi fédérale relative à l'exercice de la profession de médecin et l'ordre des médecins, l'euthanasie active indirecte ne présente pas les éléments constitutifs objectifs de l'homicide; selon la doctrine prédominante dans ce pays, la qualification de l'euthanasie active indirecte comme

comportement socialement adéquat s'opère en fonction de la raison de l'homicide. Pour justifier cela est avancé l'argument que l'intérêt déclaré ou présumé du mourant pour un traitement de ses douleurs l'emporte clairement sur son intérêt à être maintenu en vie «à tout prix».

L'ordre juridique autorise également «l'euthanasie par omission» (appelée aussi euthanasie passive): L'exécution d'un acte médical affectant son intégrité physique ou sa liberté requiert le consentement (exprès ou présumé) du patient (comp. p. ex. paragraphes 252 et suivants *ABGB* – C. civ. et paragraphe 110 *StGB* – C. pén.). Ce dernier peut révoquer à tout moment ce consentement. Peu importe ici la raison pour laquelle un patient qui en possède la capacité refuse de consentir à un traitement médical tel qu'un acte permettant de sauver ou de prolonger sa vie par exemple.

À ce sujet, la *Patientenverfügungs-Gesetz* (loi relative aux directives anticipées) prévoit des dispositions particulières dont l'objectif est d'exclure d'emblée les doutes relatifs à la volonté présumée du patient. Elles lui permettent de refuser certains traitements médicaux, notamment ceux visant à sauver ou prolonger la vie. Ces directives, qui sont valables huit ans au maximum (comp. paragraphe 7, premier alinéa *PatVG* – loi relative aux directives anticipées) ne s'appliqueront que si le patient n'est pas en état de décider au moment du traitement.

L'euthanasie dite passive représente un cas où est appliqué le principe de la *Behandlungshoheit*, principe selon lequel la volonté du patient s'impose au médecin; ce principe vient pour ainsi dire se superposer à l'euthanasie passive. Dans tous les cas, le médecin traitant est tenu de respecter la décision éclairée et informée par laquelle le patient précise si et dans quelles conditions il consent à un traitement médical ou le refuse; ce indépendamment du fait que cette décision soit pertinente ou non à ses yeux.

De l'avis de la Cour constitutionnelle, le fait que le paragraphe 78, second élément *StGB* – C. pén. interdise toute forme d'assistance au suicide est en contradiction avec d'une part, le principe selon lequel la volonté du patient s'impose au médecin, principe juridiquement fondé (dans la Constitution) et d'autre part, l'importance accordée, du moins en présence de directives anticipées, à l'autodétermination libre dans le paragraphe 49a, deuxième alinéa *ÄrzteG 1998*

– loi relative aux directives anticipées. Dès lors que d'un côté, le patient, en refusant ou révoquant son consentement, peut prendre une décision sur un traitement médical visant à lui sauver ou prolonger la vie et que d'un autre côté, sous les conditions prévues au paragraphe 49a, deuxième alinéa *ÄrzteG 1998* figure l'acceptation de ce qu'un traitement médical est susceptible d'accélérer son décès, rien ne justifie d'interdire à la personne qui souhaite se suicider de recourir pour cela à l'aide d'autrui, quelles que soient la forme et la nature de celle-ci, niant ainsi complètement son droit à l'autodétermination.

13. La Cour constitutionnelle ne méconnaît pas que des circonstances socio-économiques diverses sont susceptibles d'influer sur l'autodétermination libre. Pour cette raison, le législateur a (aussi) édicté des mesures (instruments de sauvegarde) visant à prévenir les abus pour éviter que l'intéressé ne prenne la décision de se suicider sous l'influence de tierces personnes.

14. Dans le contexte du droit à l'autodétermination pris en combinaison avec le suicide, il ne faut surtout pas oublier que compte tenu des rapports sociaux existants, les conditions de vie concrètes qui suscitent une telle décision ne sont pas identiques.

Peuvent jouer un rôle décisif dans une telle décision, des éléments indépendants de la sphère et des dispositions du suicidant comme ses rapports familiaux, ses revenus et son patrimoine, les conditions dans lesquelles sont prodigués les soins, son état de dépendance, son espace d'activité restreint, la phase agonique à laquelle réellement s'attendre et son accompagnement ainsi que diverses circonstances de la vie et conséquences prévisibles.

Voilà pourquoi s'imposent des mesures législatives et étatiques pour faire face aux différences de situation personnelle entre les intéressés et permettre à tous d'accéder aux soins palliatifs (comp. à cet effet le rapport de la Commission d'enquête parlementaire sur le thème de «La dignité en fin de vie» publication *491 BlgNR 25. GP*). Indépendamment de cela, personne ne peut tout simplement être privé de sa liberté de déterminer sa vie dans le respect de son intégrité et son identité et par conséquent, de décider dans ce contexte d'y mettre fin aussi avec l'aide d'un tiers.

15. Il peut parfois s'avérer difficile d'établir si la résolution prise par le suicidant de mettre fin à ses jours avec l'aide d'autrui et sa mise en œuvre s'appuient sur une autodétermination libre. Cela ne doit néanmoins pas servir de prétexte pour, en prohibant toute assistance au suicide, quelles que soient la forme et la nature de celle-ci, par une interdiction en vertu du paragraphe 78, second élément *StGB* – C. pén., nier ainsi en toutes circonstances le droit de la personne capable d'autodétermination libre et de responsabilité personnelle à mettre fin à ses jours avec l'aide d'autrui.

Vu qu'il interdit complètement toute forme d'assistance au suicide, empêchant ainsi le suicidant de mourir dans la dignité comme il le souhaite, le paragraphe 78, second élément *StGB* – C. pén. viole le droit à l'autodétermination qu'on peut dégager de la Constitution.

16. Le fait qu'avec les règles de détermination de la peine et les dispositions relatives aux causes d'atténuation exceptionnelles selon le paragraphe 41 *StGB* – C. pén., le législateur a prévu des instruments susceptibles d'assurer en présence de circonstances atténuantes (significatives) une différenciation dans la sévérité de la peine appropriée, ne pallie pas le défaut de constitutionnalité dont souffre le paragraphe 78, second élément *StGB* – C. pénal. Dans chaque cas, la détermination de la peine ne permet en effet pas d'écarter le reproche objectif d'avoir causé un tort attribué par ce paragraphe globalement et sans distinction entre toutes les formes imaginables d'assistance au suicide.

17. Face à ce résultat, il est superflu d'examiner les autres objections soulevées dans la requête quant à la constitutionnalité du paragraphe 78, second élément *StGB* – Code pénal et la question relative à l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux.

18. Les doutes concernant les droits fondamentaux soulevés par les requérants ne sont pas confirmés pour le premier élément de l'infraction incriminée au paragraphe 78 *StGB* – C. pén. («Quiconque incite au suicide d'autrui»):

Des observations précédentes ressort clairement que la décision du suicidant de se faire aider d'un tiers pour commettre son acte ne peut jouir de la protection accordée aux droits fondamentaux que dans la mesure où elle a été prise libre-

ment et hors de toute influence. Étant donné que cette exigence n'est d'emblée pas satisfaite pour le paragraphe 78, premier élément *StGB* – C. pén., cette disposition ne porte atteinte ni au principe d'égalité en vertu de l'article 2 *StGG* – Loi fondamentale d'État et de l'article 7, paragraphe 1 *B-VG* (Constitution), ni au droit à la vie privée selon l'article 8 CEDH, ni à un autre droit garanti par la Constitution.

19. Considérant que les requérants soulèvent un doute quant au manque de détermination en vertu de l'article 18 *B-VG* (Constitution) contre la disposition (également) attaquée du paragraphe 78, premier élément *StGB* – C. pén. («Quiconque incite au suicide d'autrui»), leur requête s'avère non fondée à cet égard:

Les requérants invoquent un grief relatif à l'absence de conformité de la disposition du paragraphe 78, premier élément *StGB* – C. pén. avec l'article 18 *B-VG* (Constitution) en arguant de ce que son libellé ne permettrait pas de reconnaître le moment où l'acte incriminé «incite» est à considérer comme commis.

Le principe de détermination ancré dans l'article 18, paragraphe 1 *B-VG* (Constitution) ainsi que dans l'article 7 CEDH exige de façon générale que le contenu des lois prédétermine le comportement des autorités et des juridictions. En fonction de l'objet respectif de la norme, le législateur peut parfois être dans l'obligation d'employer des notions juridiques floues pour décrire et formuler les critères légaux, les imprécisions inévitables qui en résultent l'écartant ainsi d'une détermination exacte du comportement des autorités (comp. *VfSlg.* 20.279/2018, 13.785/1994 et la jurisprudence qui y est citée; pour l'article 7 CEDH comp. CEDH 8.1.2007, Aff. *Witt*, Requête n° 18.397/03, publication juridique *NJW* 2008, 2322).

Sachant qu'il existe différentes manières d'exercer activement une influence psychologique, difficilement prévisibles à l'avance, pour susciter (avec préméditation) chez autrui la décision de se suicider, le législateur a sciemment renoncé à une détermination définitive. Voilà pourquoi il est vrai que l'élément constitutif qu'est «l'incitation» au suicide selon le paragraphe 78, premier élément *StGB* – C. pén. laisse (nécessairement) la possibilité d'interprétations diverses. À la lumière de la jurisprudence relative audit paragraphe, premier élément, l'acte

incriminé peut toutefois faire l'objet d'une interprétation: la jurisprudence de la Cour suprême entend la notion «d'incitation» au paragraphe 78 *StGB* (premier élément) comme un comportement instigateur (*OGH 27.10.1998, 11 Os 82/98* entre autres; comp. aussi le commentaire législatif *Erläut. zur RV 30 BlgNR 13. GP*, 196 et suiv.). Pour ces raisons, le moyen présenté par les requérants à l'encontre du paragraphe 78, premier élément *StGB* – C. pén. et s'appuyant sur l'article 18 *B-VG* (Constitution) est inopérant.

20. La Cour constitutionnelle est tenue de délimiter l'étendue des dispositions qu'elle doit examiner et abroger le cas échéant, de manière à ne pas supprimer dans la législation plus de matière que nécessaire pour l'espèce tout en veillant à ne pas modifier la signification de la partie restante; vu qu'il est impossible de réaliser complètement ces deux objectifs en même temps, il faut dans chaque cas évaluer si et dans quelle mesure l'un des objectifs prévaut sur l'autre (*VfSlg. 7376/1974, 16.929/2003, 16.989/2003, 17.057/2003, 18.227/2007, 19.166/2010, 19.698/2012*).

Il suffit d'abroger les mots «ou l'aide à cet effet» dans le paragraphe 78 *StGB* – C. pén. pour le rendre conforme à la Constitution. Le lien entre le premier et le second éléments de l'infraction incriminée dans ce paragraphe n'étant pas indissoluble, son abrogation dans son intégralité ne s'impose pas.

21. En conclusion, la Cour constitutionnelle constate que les considérations motivant l'abrogation du paragraphe 78, second élément *StGB* – C. pén. ne s'appliquent pas automatiquement à la question relative à constitutionnalité du paragraphe 77 *StGB* – C. pén. (grief non recevable) vu que cette disposition se distingue du paragraphe 78, second élément *StGB* – C. pén. dans des aspects essentiels.

V. Du résultat

1. Les mots «ou l'aide à cet effet,» figurant au paragraphe 78 de la *Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen* (loi fédérale du 23 janvier 1974 relative aux actes passibles de sanction pénale, dite *Strafgesetzbuch*, abrégée *StGB* – C. pén.), publiée au Journal officiel *BGBI 60/1974*, sont contraires à la Constitution et doivent être abrogés.

La date à laquelle l'abrogation du passage de la loi annulé prend effet est déterminée en vertu de l'article 140, paragraphe 5, troisième et quatrième phrase *B-VG* (Constitution).

La décision selon laquelle les dispositions légales antérieures ne reprennent pas effet est rendue en vertu de l'article 140, paragraphe 6, première phrase *B-VG* (Constitution).

Le chancelier fédéral est tenu de publier immédiatement l'abrogation et les autres décisions qui y sont liées au Journal officiel I en vertu de l'article 140, paragraphe 5, première phrase *B-VG* (Constitution) et du paragraphe 64, deuxième alinéa *VfGG* – loi relative à la Cour constitutionnelle, pris en combinaison avec le paragraphe 3, point 3 *BGBIG* – loi relative au Journal officiel.

2. La requête relative au paragraphe 77 *StGB* – C. pén. est rejetée pour irrecevabilité.

3. La requête est rejetée pour le surplus.

4. La décision relative aux frais est rendue en vertu du paragraphe 65a *VfGG* - loi relative à la Cour constitutionnelle. Vu que leur requête n'a abouti qu'en partie, il n'est octroyé aux requérants que la moitié du montant forfaitaire (comp. p. ex. *VfGH 13.12.2019, G 211/2019* entre autres). Les sommes accordées comprennent une majoration pour requête conjointe d'un montant de 218 euros, la TVA d'un montant de 261,60 euros ainsi que le remboursement des frais de justice d'un montant de 240 euros.

Fait à Vienne, le 11 décembre 2020

Le Président:

Mr. GRABENWARTER

Greffière:

Mme BREITENLECHNER