

Jurisprudence étrangère

Par JULIEN JEANNENEY

Libres de mourir ? La Cour constitutionnelle italienne, cavalier seul

Cour constitutionnelle italienne, ord., n° 207/2018, 24 oct. 2018 ; n° 242/2019, 25 sept. 2019 ; n° 50/2022, 15 févr. 2022

Mots clés : suicide assisté, euthanasie, modulation dans le temps du jugement de constitutionnalité, inertie parlementaire, référendum abrogatif d'initiative populaire, liberté de s'autodéterminer, protection de la vie

1. La mort serait-elle la dernière de nos libertés ? Au troisième siècle avant notre ère, le philosophe Hégésias, de l'école cyrénaïque, défendait l'idée que, le bonheur n'ayant pas d'existence tangible, la mort, que l'on pouvait choisir, était souvent préférable à la vie. Sa force de conviction était telle que plusieurs de ses auditeurs mirent fin à leurs jours. En réaction, le roi Ptolémée II prononça l'exil de cet « orateur de la mort », fit fermer son école et prohiba la diffusion de sa pensée¹. Après plus de deux millénaires, les débats sur la réaction adéquate de la puissance publique face à la mort choisie et anticipée ne se sont guère taris. En effet, pour être un acte d'autodétermination personnelle, la provocation de sa propre mort n'en est pas moins perçue, parce qu'elle contrecarre le cours naturel des choses, comme un acte qui intéresse la société entière.

Les interrogations sur les « meilleures » manières de mourir ont récemment été renouvelées, à la rencontre d'un triple phénomène. L'allongement, d'abord, de la durée de la vie. La conscience, ensuite, de l'impossibilité de mettre fin à ses jours sans une aide extérieure dans certains cas précis – incarnés notamment, dans des conditions dramatiques, par Vincent Humbert, Rémy Salvat, Chantal Sébire et Vincent Lambert depuis deux décennies. La publicité, enfin, donnée au choix de quérir à l'étranger, pour les plus aisés, une aide à mourir que des malades – à l'image de l'ancienne ministre Paulette Guinchard-Kunstler² ou du réalisateur Jean-Luc Godard – estimaient ne pas pouvoir trouver en France.

Ce renouveau des interrogations sur la marge de liberté qui doit être laissée aux individus dans l'accès à leur propre mort a provoqué une évolution récente de la position du Comité consultatif national d'éthique : par un avis rendu en septembre 2022, il s'est montré ouvert à une aide active à mourir strictement encadrée³. Une « convention citoyenne » convoquée par Emmanuel Macron, dans le cadre du « Conseil

national de la refondation », doit réfléchir à l'opportunité d'une telle réforme au début de 2023.

2. Pour prendre la pleine mesure de ces enjeux, il convient d'en préciser les contours. L'aide à mourir en effet peut renvoyer à quatre actions distinctes.

Les deux premières s'interprètent comme une *préparation de la mort* – une réduction des souffrances du malade, sans que soit précisément choisi son moment final. *L'interruption des traitements* constitue une aide « passive » à mourir : au regard de l'état de santé dégradé de leur patient, les médecins cessent de lutter contre sa maladie, afin d'éviter de lui faire subir, dans l'attente de sa mort « naturelle », les souffrances causées par ses médicaments. D'un autre côté, les *soins palliatifs* supposent une plus grande activité des médecins : ces derniers prodiguent des soins destinés à soulager la souffrance de leur patient, en provoquant notamment une sédation profonde et continue jusqu'à son décès.

En France, quatre lois favorisent ces démarches depuis un quart de siècle. En 1999, le législateur crée un droit d'accès aux soins palliatifs⁴. En 2002, la « loi Kouchner » impose aux professionnels de santé l'obligation vague de mettre en œuvre « tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort »⁵. En 2005, la « loi Leonetti » promeut les soins palliatifs et prohibe l'obstination déraisonnable⁶, couramment qualifiée d'« acharnement thérapeutique », dans le traitement des patients en fin de vie. En 2016, la « loi Claeys-Leonetti » consacre le droit du malade à l'arrêt des traitements et au bénéfice d'une sédation profonde et continue jusqu'à son décès, lorsque son pronostic vital est engagé à court terme⁷. Quoiqu'ils améliorent les derniers instants de nombreux patients, ces textes sont aujourd'hui perçus comme insuffisants : ils ne permettent pas de faire face à certaines souffrances « réfractaires » aux traitements sans qu'un pronostic vital soit engagé à court terme⁸.

Les deux autres actions s'apparentent à un *déclenchement de la mort*. Elles suscitent aujourd'hui les débats les plus vifs.

Parfois qualifiée d'« euthanasie passive », l'*assistance au suicide* revient à accompagner le patient vers la mort, à sa demande, tout en le laissant commettre *in fine* l'acte mortifère. Elle soulève des difficultés de qualification en droit pénal⁹. La situation n'est possible en effet que lorsque le patient dispose encore d'une autonomie de geste. On aurait tendance à y voir, de prime abord, une forme de complicité – au sens du droit pénal. Cette notion suppose pourtant l'existence d'un fait principal punissable. Ce n'est pas le cas ici. En effet, si l'ancien droit réprimait le suicide, pour des motifs essentiellement religieux,

(1) Diogène Laërce, *Vie et mort des hommes illustres*, II, 86 ; Valère Maxime, *Actions et paroles mémorables*, VIII, ix, 3 ; Cicéron, *Tusculanes*, I, xxxiv, 83-84.

(2) Pour des récits individuels, v. égal. N. Châtelet, *La dernière leçon*, Le Seuil, 2004 ; E. Bernheim, *Tout s'est bien passé*, Gallimard, 2013 ; C. Vincent, *La mort à vivre. Quatorze récits intimes*, Le Seuil, 2022. V. égal. Costa-Gavras, *Clair de femme*, film, 105 min., 1979 ; D. Arcand, *Les invasions barbares*, film, 99 min., 2003.

(3) CCNE, avis n° 139, « Questions éthiques relatives aux situations de fin de vie : autonomie et solidarité », 13 sept. 2022.

(4) Loi n° 99-477, 9 juin 1999, visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs.

(5) Loi n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé [loi Kouchner].

(6) Loi n° 2005-370, 22 avr. 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie [loi Leonetti].

(7) Loi n° 2016-87, 2 févr. 2016, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie [loi Claeys-Leonetti].

(8) V., M. Lombard, « Fin de vie : "Offrons une possibilité apaisée de mourir" », *Le Monde*, 12 mai 2022 ; *id.*, *L'ultime demande. L'aide à mourir paisiblement : une liberté à notre portée*, Liana Levi, 2022.

(9) V., A. Coquelin de Lisle, *Du suicide et de l'aide et de la participation au suicide d'autrui*, thèse, droit, Rennes, 1928 ; V. Malabat, « Le suicide assisté : aspects de droit pénal », in Institut de criminologie et de droit pénal de Paris, *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », 2017, p. 35 s.

la Révolution française a fait disparaître l'infraction, partant, la complicité qui pourrait l'accompagner¹⁰ : on ne saurait être complice d'un acte qui n'est pas répréhensible. Est-ce à dire que l'assistance au suicide soit aujourd'hui autorisée ? Il faudrait, pour cela, que d'autres qualifications pénales ne soient pas envisageables. Or, de la non-assistance à personne en péril¹¹ à la mise en danger des personnes, en cas de provocation au suicide¹², les incriminations ne manquent pas.

Quant à l'euthanasie *stricto sensu*, elle soulève les plus grandes difficultés morales et juridiques. Elle suppose que l'acte mortifère délibéré – l'administration, le plus souvent, d'une substance létale – ne soit pas commis par le patient, mais par son auxiliaire. L'euthanasie ainsi comprise s'analyse comme un homicide – soit un meurtre¹³, avec circonstance aggravante tirée de l'état de vulnérabilité de la victime, dans les rares cas où il ne serait pas prémédité¹⁴, ou plus probablement un assassinat¹⁵. Sans doute l'acte est-il commis « par pitié »¹⁶, en accord avec le patient. En principe, cela n'est pas propre à modifier son appréciation par le juge : le consentement de la victime n'est pas assimilé, en droit français, à un fait justificatif, exonérateur de la responsabilité de l'auteur d'une infraction¹⁷. Ainsi l'euthanasie demeure interdite¹⁸ et l'existence d'un « droit de mourir » ou d'un « droit à la mort », largement débattue¹⁹.

3. Des débats sur l'opportunité de dépénaliser l'assistance au suicide et l'euthanasie se cristallisent dans nombre de démocraties.

Historiquement, trois États ont adopté, en la matière, une législation particulièrement libérale. La Suisse d'abord. Depuis 1941, elle ne réprime « l'assistance en vue du suicide », lorsque ce dernier « a été consommé ou tenté », que si son auteur est « poussé par un mobile égoïste²⁰ » – de quoi on a inféré la légalité de la pratique lorsque le mobile est « altruiste ». Les Pays-Bas ensuite. L'euthanasie et le suicide assisté y sont dépénalisés en 2001, sous certaines conditions cumulatives : a) la demande répétée du malade, lorsqu'il peut s'exprimer ; b) le caractère incurable de sa maladie ; c) l'avis pris auprès d'un autre médecin ; d) le signalement de la mort aux autorités²¹. La Belgique, enfin. L'euthanasie active y est dépénalisée en 2002, lorsque : a) le patient est majeur, capable et conscient – le texte a été étendu plus tard aux

mineurs²² ; b) qu'il formule une demande « volontaire, réfléchie et répétée » ; c) que sa « situation médicale » est « sans issue » ; d) et qu'il fait « état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable²³ ».

S'y ajoutent des évolutions normatives plus récentes. Au Luxembourg, l'euthanasie et l'assistance au suicide ont été dépénalisées en 2009²⁴. En Espagne, l'euthanasie passive et le suicide assisté ont été dépénalisés en pratique en 1995²⁵ – le code pénal prévoyant des réductions de peines en dessous des seuils entraînant l'incarcération en matière d'aide au suicide lorsque l'auxiliaire agit à la demande expresse du malade et que ce dernier est atteint d'une maladie grave dont la seule issue est la mort, ou qui produirait des souffrances permanentes et difficiles à supporter. Depuis 2021, l'aide médicale à mourir et l'euthanasie active y sont légalisées²⁶. Les soignants peuvent « mettre fin à la vie d'un patient de manière délibérée, à sa demande », lorsque le patient est majeur et qu'il subit soit une « souffrance grave, chronique et invalidante », soit « une maladie grave et incurable, provoquant une souffrance intolérable ». En Nouvelle-Zélande, les électeurs ont choisi, par un référendum organisé à l'automne 2020, de dépénaliser l'euthanasie²⁷.

4. Dans ce mouvement général, les juridictions tiennent une place à part : il est souvent plus aisé de susciter leur prise de position que d'inciter des parlementaires, que la sensibilité du sujet pousse à procrastiner, à se saisir de la question. Ainsi convient-il de leur porter une attention singulière, tant leurs décisions peuvent être mues, par-delà des considérations morales et juridiques, par des ambitions institutionnelles et stratégiques, au risque de se substituer, sur ce sujet sensible, au législateur. Nombre d'entre elles ont récemment rendu des décisions sur la question²⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé qu'une législation nationale autorisant l'euthanasie ne méconnaissait pas le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹ – sans pour autant inférer de ce dernier, conformément à sa jurisprudence plus ancienne, un « droit à la mort³⁰ »

(10) V. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du code pénal*, 8^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2018, p. 377.

(11) C. pén., art. 223-6.

(12) C. pén., art. 223-13.

(13) C. pén., art. 221-1.

(14) C. pén., art. 221-4.

(15) C. pén., art. 221-3.

(16) Ch. Debuyst, « Quelques réflexions sur l'homicide par pitié », RSC 1962. 814.

(17) V. B. Bouloc, *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2021, p. 399 s.

(18) V. L. Apostel, « L'euthanasie comme problème moral et philosophique », Rev. dr. pén. 1963. 29 ; R. Charles, *Peut-on admettre l'euthanasie ?*, Enseignement et perfectionnement technique, coll. « Comment faire », 1955 ; M. Rateau, « L'euthanasie et la réglementation pénale », RDPC 1964. 38 ; B. Basdevant-Gaudemet, « L'euthanasie et la renonciation aux traitements médicaux en droit français », *Anuario de derecho eclesiastico del Estado, Boletín oficial del Estado*, t. 8, 1992, p. 289-299 ; N. Aumonier, B. Beignier, Ph. Letellier, *L'euthanasie*, 4^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2016.

(19) V. J. Mesmin d'Estienne, *L'État et la mort*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit public », 2016, p. 382-389 ; B. Mouffe, *Le droit à la mort*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 433 s.

(20) Code pénal suisse, art. 115.

(21) Loi néerlandaise du 12 avr. 2001 sur la fin de vie sur demande et le suicide assisté.

(22) Loi belge n° 2014/09093, 28 févr. 2014, modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs.

(23) Loi belge n° 2002/09590, 28 mai 2002, relative à l'euthanasie.

(24) Loi luxembourgeoise n° 46, 16 mars 2009, sur l'euthanasie et l'assistance au suicide [loi Err/Huss].

(25) Loi organique espagnole n° 10/1995, 23 nov. 1995.

(26) Loi organique espagnole n° 3/2021, 24 mars 2021, de régulation de l'euthanasie.

(27) Loi néo-zélandaise n° 67/2019, 16 nov. 2019, sur le choix de sa fin de vie.

(28) V. J. Arletta et al., *Chronique de droit constitutionnel comparé 2021. Comment se dire adieu ? Fin de vie et Constitution, Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2022.

(29) CEDH 4 oct. 2022, n° 78917/17, *Mortier c/ Belgique*.

(30) V., CEDH 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, AJDA 2003. 1383, note B. Le Baut-Ferrarese ; D. 2002. 1596, et les obs. ; RDSS 2002. 475, note P. Pédro ; RSC 2002. 645, obs. F. Massias ; RTD civ. 2002. 482, obs. J. Hauser ; *ibid.* 858, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH 19 juill. 2012, n° 497/09, *Koch c/ Allemagne*, RTD civ. 2012. 700, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 2013. 354, obs. J. Hauser ; CEDH 5 juin 2015, n° 46043/14, *Lambert et autres c/ France*, AJDA 2015. 1124 ; *ibid.* 1732, chron. L. Burgogue-Larsen ; D. 2015. 1625, et les obs., note F. Violla ; *ibid.* 2016. 752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2015. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; CEDH 27 juin 2017, n° 39793/17, *Gard c/ Royaume-Uni*, AJ fam. 2017. 379, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

au champ plus général, et tout en réservant aux États sur ce sujet une marge d'appréciation large. En la matière, les cours constitutionnelles ont souvent cheminé entre retenue – le Parlement étant, en principe, le forum le plus adéquat pour trancher ces questions – et activisme – l'inertie du Parlement poussant parfois le juge à stimuler et à guider sa plume. Trois postures méritent, à cet égard, d'être distinguées.

Le juge constitutionnel peut d'abord consolider une réforme législative. Le cas d'école est la Belgique. Amenée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi de 2014 qui étend aux mineurs la faculté de bénéficier d'une euthanasie, la Cour constitutionnelle infère du « droit au respect de la vie privée » garanti par la Constitution celui de « décider de mettre fin à sa vie pour éviter une fin de vie indigne et pénible »³¹. Elle érige ainsi à un rang constitutionnel une faculté ouverte, douze ans plus tôt, par la loi.

D'une façon plus intéressante du point de vue de l'équilibre des pouvoirs, le juge constitutionnel peut également s'opposer à une réforme législative. Le Parlement portugais adopte, en février 2021, une loi exonérant de responsabilité pénale, sous certaines conditions, l'assistance au suicide et l'euthanasie dans un cadre médical³². Opposé à la réforme, le président de la République saisit le Tribunal constitutionnel. Ce dernier déclare la loi inconstitutionnelle au nom du caractère excessivement vague de certaines de ses catégories juridiques, ainsi que de l'impossibilité de reconnaître une « dimension négative »³³ au principe d'inviolabilité de la vie humaine garanti par la Constitution³⁴.

Quant à l'incitation à la réforme législative, elle soulève les difficultés les plus épineuses. Plusieurs lois dépénalisant ou autorisant des formes plus ou moins actives d'aides à mourir sont provoquées par des juridictions constitutionnelles. Ces dernières se trouvent alors dans une position délicate : il s'agit de pousser le législateur à intervenir sans paraître se substituer à lui. Des juges constitutionnels n'hésitent pas à guider le législateur jusque dans le détail. Ils procèdent de trois principales manières.

Une démarche mesurée consiste à adresser des incitations vagues au Parlement. Révélateurs à cet égard, sont les choix de la Cour constitutionnelle colombienne. En 1997, elle crée, dans le creux d'un décret-loi en vigueur depuis deux décennies³⁵, une cause d'irresponsabilité pénale en matière d'« homicide par compassion » ou d'euthanasie. Elle invite alors le Parlement à « régler dès que possible la question de la mort dans la dignité, conformément aux principes constitutionnels et aux considérations élémentaires d'humanité »³⁶, mais trois ans plus tard, le Parlement introduit dans le code pénal une prohibition générale de l'euthanasie³⁷ vouée à contrecarrer la décision de la Cour. En 2015, en retour le ministre de la Santé adopte un acte légalisant, en pratique, l'euthanasie³⁸. En 2021, saisie d'un recours tendant à ce qu'elle déclare la disposition du code pénal conforme à la Constitution, sous réserve que soit exclu de

son champ l'acte réalisé avec le consentement du malade, quel que soit l'avancement de sa maladie, la Cour fait droit à cette demande, en invitant le Parlement à « avancer dans la protection du droit fondamental de mourir dans la dignité, en vue d'éliminer les barrières qui sont encore mises à l'accès effectif à ce droit »³⁹.

Une démarche plus énergique revient à prescrire au Parlement un cadre législatif précis tout en modulant dans le temps, pour l'accompagner, les effets de sa décision. La Cour suprême du Canada en donne une illustration. Revenant sur une position moins ouverte qu'elle avait privilégiée deux décennies plus tôt⁴⁰, elle juge en 2015 que les dispositions du code pénal prohibant « l'aide médicale à mourir » méconnaissent l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui consacre le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes, en tant qu'elles privent de cette aide : a) un majeur non protégé ; b) qui « consent clairement à mettre fin à ses jours » ; et c) qui connaît « des problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition [médicale] »⁴¹. Après avoir ainsi précisé au Parlement la direction que devrait suivre une législation en la matière, la Cour repousse de près d'un an les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité⁴². Au terme de ce délai, elle offre quatre mois supplémentaires au Parlement⁴³, tout en autorisant les malades remplissant les critères fixés par sa décision à se prévaloir sur le champ de sa première décision, en demandant à un juge la possibilité d'obtenir une aide à mourir. Quatre mois plus tard est adoptée la loi qui se conforme à la décision de la Cour⁴⁴.

L'acte le plus déterminé en la matière tient à la contrainte imposée au législateur par la consécration d'un droit constitutionnel. Singulier est, à cet égard, le choix exercé au printemps 2020 par le Tribunal constitutionnel fédéral allemand⁴⁵. À l'occasion du contrôle d'une disposition du code pénal qui prohibe depuis 2015 toute assistance au suicide dans un cadre professionnel⁴⁶, il déduit un « droit de choisir sa mort » (*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*) du droit général au libre épanouissement de sa personnalité, qui s'ancre dans le principe de dignité de la personne humaine⁴⁷. Le Tribunal précise que le droit n'est « pas limité aux états de maladies graves ou incurables, ou à certaines phases de la vie ou de la maladie », dès lors que « la décision de l'individu de mettre fin à ses jours sur le fondement de sa propre conception de la qualité de la vie et du sens de son existence est, en définitive, un acte résultant d'une autodétermination autonome que l'État et la société doivent respecter ». Il en précise les deux composantes : non seulement la liberté – confirmée et, à vrai dire, incontrôlable – de mettre fin à ses jours, mais

(31) Cour constitutionnelle belge, n° 153/2015, 29 oct. 2015 [*Euthanasie des personnes mineures*], § B.20, B.37.

(32) Portugal, décret n° 109/XIV, 12 févr. 2021.

(33) Tribunal constitutionnel portugais, n° 123/2021, 15 mars 2021.

(34) Constitution du Portugal, art. 24, al. 1^{er}. Un veto présidentiel est opposé à une nouvelle loi en novembre 2021.

(35) Colombie, décret-loi n° 100/1980 (code pénal), art. 326.

(36) Cour constitutionnelle colombienne, n° C-239/1997, 20 mai 1997.

(37) Colombie, loi n° 599/2000, 24 juill. 2000.

(38) Colombie, ministère de la Santé et de la Protection sociale, résolution n° 1216/2015, 20 avr. 2015.

(39) Cour constitutionnelle colombienne, n° C-233/2021, 22 juill. 2021.

(40) Cour suprême du Canada, *Rodriguez c/ Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3. R.C.S. 519.

(41) Cour suprême du Canada, *Carter c/ Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331.

(42) *Eod. loc.*

(43) Cour suprême du Canada, *Carter c/ Canada (Procureur général)*, [2016] 1 R.C.S. 13.

(44) Canada, loi n° C-14, 17 juin 2016, « modifiant le Code criminel et apportant des modifications connexes à d'autres lois (aide médicale à mourir) ».

(45) Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 2 BvR 2347/15, 26 févr. 2020.

(46) Code pénal allemand, art. 217, al. 2.

(47) Loi fondamentale allemande, art. 2 (1), en lien avec l'art. 1 (1).

aussi celle de recourir à l'aide d'un tiers pour le faire. Il n'établit en la matière qu'une contrainte : l'existence d'une volonté « authentique et définitive » du candidat au trépas. Il fixe enfin la marche à suivre pour le législateur, en lui proposant « un large éventail de possibilités ». Ainsi le Parlement allemand se trouve contraint de modifier la loi – ce qu'il devrait faire au cours des prochains mois.

À cette aune, une lumière particulière mérite d'être braquée sur les conditions dans lesquelles la Cour constitutionnelle italienne influence, par une ordonnance et deux décisions rendues au long de la « saga Cappato »⁴⁸, les réformes des deux principales dispositions du code pénal prohibant l'aide à mourir.

5. Si l'assistance au suicide était déjà incriminée dans le « code Zanardelli » de 1889⁴⁹, sa prohibition repose, depuis 1930, sur le « code Rocco », qui a adjoint une interdiction de l'euthanasie active – qualifiée d'« homicide consenti ». Rédigé et adopté par le législateur fasciste, ce code est toujours en vigueur. Ainsi s'explique que plusieurs de ses dispositions, comme d'autres lois républicaines, conservent la trace de leurs origines fascistes⁵⁰ et paternalistes⁵¹. Sous le régime fasciste, l'assistance au suicide et l'homicide consenti étaient perçus avant tout comme une méconnaissance des obligations sociales de l'individu.

L'article 579 punit d'une peine de six à quinze années d'emprisonnement l'*homicide consenti* – ou « homicide d'une personne consentante » – décrit comme le fait de « [causer] la mort d'un homme avec son consentement ». La peine est alourdie – alignée sur le meurtre – en cas de circonstances aggravantes tenant : a) à la minorité de la victime ; b) à son aliénation ou à sa déficience mentale qu'elle soit pérenne ou qu'elle procède de l'abus d'alcool ou de stupéfiants ; c) à un vice de son consentement.

L'article 580 du code pénal, qui reprend l'article 370 du code de 1889, fonde, quant à lui, deux incriminations, auxquelles il attache un régime juridique unique. La première est l'*incitation au suicide* – « [inciter] autrui à se suicider ou renforcer son intention de le faire ». La seconde est l'*assistance au suicide* – en « [faciliter] l'exécution de quelque manière que ce soit », à la demande de la victime. Dans les deux cas, la punition prévue s'étend entre cinq et douze ans de prison, sauf circonstances aggravantes.

L'interprétation de ces deux dispositions est éclairée par l'article 5 du code civil, qui prohibe les actes de disposition de son propre corps lorsqu'ils causent une atteinte permanente à l'intégrité physique.

6. Le 13 juin 2014, le musicien Fabiano Antoniani, plus connu sous le nom de « DJ Fabo », subit un grave accident de la route. Quoiqu'il conserve intactes ses facultés intellectuelles, l'événement le rend tétraplégique et aveugle, incapable de respirer et de s'alimenter seul. Il est soumis à des spasmes récurrents qui produisent une souffrance aiguë que les médicaments ne

suffisent pas à soulager, sinon par sédation profonde. Au terme de plusieurs hospitalisations longues, de tentatives de traitements expérimentaux – dont une greffe de cellules souches en Inde, en décembre 2015 –, sa maladie se révèle incurable. Près de deux ans après l'accident, il annonce à ses proches son intention de mettre fin à ses jours, entame une grève de la faim et de la parole pour démontrer sa détermination, alors que sa mère et sa compagne cherchent à le dissuader.

En mai 2016, il prend l'attache d'organisations suisses qui fournissent une aide au suicide. Il entre, en outre, en contact avec Marco Cappato. Responsable politique et associatif, ancien député européen, ancien conseiller municipal de Milan, membre du parti radical, l'homme est coutumier de la désobéissance civile. En septembre 2006, il a mené une grève de la faim pour soutenir Piergiorgio Welby, qui demandait au président de la République la suspension du ventilateur artificiel qui le maintenait en vie. En décembre 2021, lors d'une manifestation à Manchester, il a fait en sorte d'être arrêté, avec un député européen britannique, pour avoir fustigé les lois britanniques prohibant la possession de drogues douces à usage personnel. Il est alors trésorier de l'association « Luca Coscioni » qui prône la légalisation de l'euthanasie.

Il accepte d'accompagner Fabiano Antoniani de Milan à Zürich, afin qu'il y subisse, auprès de l'organisation « Dignitas », une sédation profonde, puis l'interruption de son assistance respiratoire et de sa nutrition artificielle qui le maintiennent en vie. Le malade a exprimé à plusieurs reprises son intention de se donner la mort. Le 27 février 2017, il prend seul le médicament qui la provoque. Le lendemain, Marco Cappato vient revendiquer, devant les carabiniers, l'acte qu'il présente comme une forme de désobéissance civile, par quoi il espère provoquer un débat sur l'opportunité de reconnaître en Italie un droit à l'euthanasie.

L'événement conduit la Cour constitutionnelle à intervenir, en quatre ans, à trois reprises, dans des conditions propres à nourrir une réflexion sur les réactions du juge constitutionnel à propos de ce sujet épineux, lorsqu'il est confronté à l'inertie du législateur : en matière d'assistance au suicide, elle suscite d'abord une réforme législative, avant de l'imposer, en raison de l'inertie du législateur ; en matière d'euthanasie active, à l'inverse, elle bloque une réforme, en dépit de l'inertie du législateur.

La loi imposée

7. En ce qui concerne le suicide assisté, la Cour constitutionnelle se révèle une force de réforme, dans des conditions particulièrement originales. Marco Cappato est attiré devant la cour d'assises de Milan, où il doit être jugé pour assistance au suicide, au titre de l'article 580 du code pénal : si rien ne permet d'établir que l'accusé aurait incité Fabiano Antoniani à mourir, il a commis une assistance au suicide en le conduisant en Suisse, puisque l'acte était une condition pour qu'il puisse se donner la mort. Dès la première audience, le 6 juillet 2017, les avocats de l'accusé demandent à la juridiction de saisir la Cour constitutionnelle afin qu'elle contrôle la constitutionnalité de l'article 580 du code pénal, en tant qu'il incrimine l'assistance au suicide. Le 5 septembre, l'accusé demande à être jugé en comparution immédiate. La juridiction accueille sa demande. L'audience commence le 8 novembre. Parallèlement, en réaction à ce qui est désormais désigné comme « l'affaire Cappato », le Parlement adopte en décembre 2017 une loi relative aux directives anticipées qui promeut une « alliance thérapeutique », ou « relation de soin

(48) Cour constitutionnelle italienne, ord., n° 207/2018, 24 oct. 2018 ; n° 242/2019, 25 sept. 2019 ; n° 50/2022, 15 févr. 2022.

(49) Code pénal italien de 1889, art. 370.

(50) V. S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologne, Il Mulino, 2016.

(51) V. J. Feinberg, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 3. *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 3, 344.

et de confiance entre le patient et le médecin »⁵². Elle autorise la sédation profonde pour les patients incurables et encadre les conditions dans lesquelles un patient maître de ses facultés peut refuser les traitements : il faut que sa volonté soit ferme, affirmée à plusieurs reprises, après une tentative infructueuse de persuasion de la part du médecin.

8. Le 17 janvier 2018, le ministère public demande l'acquiescement de l'accusé ou, à titre subsidiaire, que soit posée la question de la constitutionnalité de l'article 580 du code pénal. Par une « question de conformité constitutionnelle⁵³ » adressée à la Cour constitutionnelle – recours incident devant cette dernière –, la cour d'assises lui demande de répondre à deux questions.

D'une part, l'article 580, en tant qu'il incrimine l'assistance au suicide, même en l'absence d'incitation au suicide, méconnaît-il les articles 2 (« La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, comme individu et comme membre de formations sociales où s'exerce sa personnalité [...] »), 13, alinéa 1^{er} (« La liberté de la personne est inviolable ») et 117, alinéa 1^{er} de la Constitution (« Le pouvoir législatif est exercé [...] dans le respect [...] des contraintes découlant [...] des obligations internationales »), en tant qu'il renvoie aux articles 2 (« droit à la vie ») et 8 (« droit au respect de la vie privée et familiale ») de la Convention européenne des droits de l'homme ?

D'autre part, cette disposition, en tant qu'elle punit de la même peine d'emprisonnement les infractions d'incitation au suicide et d'assistance au suicide, méconnaît-elle l'article 3, alinéa 2 de la Constitution (« Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui [...] entravent le plein développement de la personne humaine [...] »), ainsi que l'exigence de proportionnalité des peines qui procède de ses articles 13, alinéa 1^{er} (« La liberté de la personne est inviolable »), 25, alinéa 2 (« Nul ne peut être puni, si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant la commission du fait »), et 27, alinéa 3 (« Les peines ne peuvent consister en des traitements contraires aux sentiments d'humanité et elles doivent avoir pour but la rééducation du condamné ») ?

Dans son mémoire, la cour d'assises soutient que le « bien juridique » protégé par la disposition litigieuse doit être trouvé, non pas dans le droit à la vie, mais dans la liberté et la conscience de la décision du sujet passif de mettre fin à ses jours. Ainsi invite-t-elle la Cour constitutionnelle à privilégier la liberté individuelle plutôt que la protection de la vie.

9. Le 24 octobre 2018, la Cour constitutionnelle rend une ordonnance. Cette dernière a en principe une vocation provisoire. Pourtant, selon une tendance que l'on observe dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine⁵⁴ et dans certaines ordonnances de référé-liberté du Conseil d'État français⁵⁵, elle tranche déjà des questions essentielles, sous une forme qui se rapproche de celle des décisions qu'elle rend par ailleurs au fond⁵⁶. Son raisonnement s'articule en quatre temps.

En premier lieu, au terme d'un contrôle de constitutionnalité abstrait, elle refuse de déclarer la prohibition de l'assistance au suicide contraire à la Constitution. En réponse à la cour d'assises qui lui demande de retrancher de l'article 580 du code pénal l'assistance au suicide, pour en limiter le spectre à la seule incitation au suicide, elle constate que cette disposition tend à créer une « ceinture de protection » autour du malade, en prohibant la participation des tiers à un projet de suicide, qu'elle soit morale – renforcer son intention suicidaire – ou matérielle – faciliter la réalisation de son projet. La Cour refuse de privilégier la liberté de s'autodéterminer au détriment de la protection de la vie humaine. Elle rejette en particulier l'argument selon lequel l'adoption de la Constitution républicaine aurait dû conduire, implicitement mais nécessairement, à l'abrogation de la disposition contestée. Sans doute le cadre constitutionnel de cette dernière a-t-il évolué. Le législateur fasciste entendait protéger la vie humaine en regard de l'intérêt, éprouvé par la communauté, à la préservation de la vie des citoyens. Le constituant de 1948 ne fait plus de la personne humaine un moyen permettant de satisfaire des intérêts collectifs, mais, dans une perspective kantienne, une valeur en soi. Il ne faut pas pour autant considérer que la disposition contestée serait devenue inconstitutionnelle de ce simple fait. La Constitution nouvelle lui a simplement conféré un fondement nouveau. La disposition permet en effet de protéger les personnes les plus faibles et les plus vulnérables – qu'elles soient malades, dépressives, psychologiquement fragiles, âgées ou solitaires – contre le risque du suicide, décision extrême et irréparable. Aussi conserve-t-elle une raison d'être dans le nouvel ordre constitutionnel : « on ne saurait empêcher le législateur pénal d'interdire les comportements qui ouvrent la voie aux choix suicidaires, au nom d'une conception abstraite de l'autonomie individuelle qui ignore les conditions concrètes de détresse ou d'abandon dans lesquelles ces décisions sont souvent conçues ».

En deuxième lieu, la Cour exerce un contrôle de constitutionnalité plus concret⁵⁷. Elle estime nécessaire de prendre en compte les situations du type de celle qui a suscité le litige au principal. Ces dernières, inimaginables lorsque la disposition litigieuse a été adoptée, sont tombées dans son champ d'application en raison des développements de la science et de la technologie médicales qui permettent d'arracher à la mort des patients sans pour autant leur restituer les moyens de mener une vie normale. La Cour crée alors une cause d'irresponsabilité pénale, au sein de la disposition litigieuse, lorsque l'assistance d'un tiers est le seul moyen d'échapper, dans le respect de sa propre conception de la dignité humaine, à un maintien artificiel dans une vie que le malade ne souhaite plus et qu'il a le droit de refuser au titre de l'article 32, alinéa 2 de la Constitution – en vertu duquel, d'une part, « nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé, si ce n'est par une disposition de la loi », et d'autre part, « la loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la

(52) Loi italienne n° 219, 22 déc. 2017, art. 1^{er}.

(53) Loi constitutionnelle italienne n° 1, 9 févr. 1948, art. 1^{er} ; loi italienne n° 87, 11 mars 1953, art. 23.

(54) V., J. Jeanneney, « La revanche de Calhoun. L'interruption volontaire de grossesse au défi du fédéralisme américain », RFDA 2021. 1119.

(55) V., F. Blanco, « Les référés au fond de la loi du 20 juin 2000 », AJDA 2020. 1336.

(56) Cour constitutionnelle italienne, ord., n° 207/2018, 24 oct. 2018. V. A.-M. Lecis Cocco Ortu, « "Questa legge s'ha da fare" : la Cour constitutionnelle italienne, l'euthanasie et une nouvelle forme de déclaration d'inconstitutionnalité à effet différé », Constitutions 2019. 51 ; F. Laffaille, « Chronique constitutionnelle italienne (2018) », RD publ. 2019. 1127 ; J. Vachey, « L'ordonnance n° 207/2018 », AJC 2018. 985 ; G. Serges, « La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 (« *Ordinanza Cappato* ») : une nouvelle typologie de décision ou un « *non liquet* » avec date d'expiration ? », RFDC 2019. 67.

(57) Sur cette tendance, v., J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, « La concrétisation des contrôles de la loi », RFDA 2017. 821.

personne humaine ». Elle fixe, dans le détail, les contours d'une telle configuration : a) le malade est atteint d'une pathologie incurable ; b) cette dernière provoque des souffrances physiques ou psychologiques qu'il juge absolument intolérables ; c) il n'est maintenu en vie qu'artificiellement, grâce à un dispositif médical ; d) il reste néanmoins capable de prendre des décisions libres et conscientes. Elle constate que la loi adoptée près d'un an plus tôt, en décembre 2017 – certes inapplicable en l'espèce, parce que postérieure aux faits litigieux –, permettrait l'arrêt des soins dans une telle configuration, non l'assistance au suicide. Or la protection du droit à la vie n'implique pas que soit mis un obstacle absolu à l'assistance au suicide, tant cela aboutirait, dans ces cas précis, à limiter la libre autodétermination du patient dans le choix des thérapies.

En troisième lieu, la Cour adresse au Parlement une invitation à légiférer sous la forme d'un avertissement (*monito*). La pratique est ancienne, en Italie⁵⁸ comme dans d'autres États européens⁵⁹. De prime abord, en s'en remettant au législateur, elle semble faire preuve d'humilité institutionnelle. Ce n'est là qu'une apparence. En effet, elle accompagne son invitation d'une feuille de route précise. Elle estime ne pas être en mesure, « du moins à l'heure actuelle », de remédier à la méconnaissance, par l'article 580 du code pénal, de l'article 32, alinéa 2 de la Constitution, dans de tels cas de figure. En effet, l'invalidation de cette disposition législative, dans son versant relatif à l'assistance au suicide, emporterait une dépénalisation générale de cette dernière : chacun pourrait alors proposer, à titre gratuit ou onéreux, une assistance au suicide sans que soit imposé le contrôle *ex ante* de la capacité d'autodétermination, du caractère libre et éclairé du choix ou du caractère incurable de la maladie. Dès lors, la Cour envisage explicitement la possibilité pour le législateur de réglementer les conditions dans lesquelles certains malades pourraient décider de se libérer de leurs souffrances par l'administration d'une substance létale, en s'inspirant de la « relation de soins et de confiance entre le patient et le médecin » promue par la loi de décembre 2017 en matière d'interruption des traitements et de soins palliatifs. Elle précise – conformément au principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce, ou rétroactivité *in mitius* – que l'exception ainsi créée pourrait être appliquée à des événements passés, à l'instar des faits litigieux. Elle invite enfin le législateur à garantir l'examen par les établissements de santé de la possibilité de maintenir les patients en vie.

En dernier lieu, pour faire face à l'éventuelle inertie du législateur, la Cour, que la Constitution n'habilite pas à moduler dans le temps les effets de ses décisions⁶⁰, quoiqu'elle ait fini par se reconnaître cette faculté de façon prétorienne⁶¹, invente une technique contentieuse que l'on propose ici de qualifier de *modulation dans le temps du jugement de constitutionnalité*. Elle rappelle que, par le passé, il lui est arrivé de déclarer irrecevable une question de conformité constitutionnelle tout en avertissant le législateur de la nécessité d'intervenir pour faire disparaître

le vice entachant une disposition législative, en se laissant la possibilité de déclarer plus tard la disposition inconstitutionnelle en cas d'inertie du législateur⁶². Elle s'y refuse ici. La méthode, en effet, présente un inconvénient : elle provoque le maintien en vigueur de la disposition législative inconstitutionnelle aussi longtemps que la Cour n'est pas saisie à nouveau pour constater cette inertie et en tirer ces conséquences. Pour la première fois de son histoire, elle se fonde sur ses « pouvoirs de gestion du procès constitutionnel » pour ordonner l'ajournement de l'examen de la constitutionnalité de la loi. Elle fait référence – chose inhabituelle – à des décisions de juridictions étrangères qui, au Canada et au Royaume-Uni, ont adressé des avertissements équivalents à leurs Parlements. Elle fixe une nouvelle audience un an plus tard : cela lui permettra de constater alors si une loi a été adoptée pour régler la question conformément à ses instructions. Elle affirme se réserver la possibilité de procéder ainsi à chaque fois qu'elle estimera, dans un « esprit de coopération institutionnelle loyale et dialectique », qu'il est de son devoir de laisser au Parlement le temps de prendre les mesures propres à éviter, d'une part, qu'une disposition législative continue de produire des effets inconstitutionnels, et d'autre part, qu'un vide juridique affecte la protection de valeurs constitutionnellement protégées⁶³. En pratique, cela revient pour la Cour, lorsqu'elle juge ne pas disposer, dans sa panoplie contentieuse, des moyens de régler sur-le-champ une question, avec la finesse qu'elle impose, de pousser le Parlement à le faire, en respectant ses prescriptions substantielles, tout en faisant peser la menace, s'il ne le fait pas, de se substituer à lui – sans préciser par avance la façon dont elle le fera. Formellement, ce n'est pas une injonction. En pratique, on s'en rapproche.

10. Près d'un an plus tard, le 25 septembre 2019, la Cour rend une décision définitive⁶⁴ sur la disposition législative, qui n'a pas évolué – ce qui la distingue du contrôle « à double détente » parfois exercé par le Conseil constitutionnel sur une même loi modifiée entre ses deux décisions. Elle reprend la substance de la motivation de l'ordonnance rendue un an plus tôt. Elle rappelle que le Comité national de bioéthique, par un avis publié entre-temps, en juillet 2019, a identifié la difficulté souvent rencontrée par les patients pour accéder, en pratique, aux soins palliatifs. Elle constate que le législateur n'a pas répondu à son appel. Ainsi elle juge nécessaire de ne pas s'abstenir davantage de statuer sur le fond de ces questions, de manière à neutraliser l'atteinte à la Constitution constatée un an plus tôt – ce qui la conduit à les trancher seule, sans le concours du Parlement. La démarche est justifiée par le fait qu'après un an, la nécessité de garantir le respect de la Constitution l'emporte sur celle de laisser au Parlement, au nom de l'exigence de « coopération institutionnelle loyale », une marge d'appréciation pour régler

(58) V., Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica, PUAM, coll. « Droit public positif », 1999, p. 453.

(59) V., Ch. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

(60) V., F. Gallo, « Le modèle italien de justice constitutionnelle italienne », NCCC 2014, p. 89.

(61) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 10/2015, 9 févr. 2015.

(62) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 23/2013, 11 févr. 2013 ; n° 45/2015, 14 janv. 2015.

(63) Pour des usages ultérieurs de la même technique, v. Cour constitutionnelle italienne, n° 132/2020, 9 juin 2020 ; n° 150/2021, 14 juill. 2021.

(64) Cour constitutionnelle italienne, n° 242/2019, 25 sept. 2019. V., E. Botini, « Chronique de droit constitutionnel comparé (juill. 2019-fin déc. 2019) », *Titre VII*, vol. 4, 2020 ; A.-M. Lecis Cocco Ortu, « L'équilibrisme de la Cour constitutionnelle italienne en matière d'euthanasie et d'assistance au suicide : entre activisme et respect du rôle du législateur », *Revue des droits de l'homme*, 15 janv. 2020 ; F. Laffaille, « Chronique italienne (contentieux constitutionnel, 2019) », *RD publ.* 2020. 815.

la question. Elle dessine les contours de son intervention dans un tel cas de figure : lorsque des « lacunes de la législation » risquent d'entraîner, comme c'est le cas en l'espèce, un affaiblissement de la protection des droits fondamentaux – qui se prolongera aussi longtemps que durera l'inertie du législateur –, la Cour doit intervenir en inférant de la Constitution des critères de « remplissage » temporaire, dans l'attente de l'adoption d'une loi par le Parlement.

Aussi la Cour forge-t-elle une solution permettant de répondre, en pratique, à la difficulté qu'elle a identifiée. D'emblée, elle annonce que la déclaration d'inconstitutionnalité se limite à l'assistance au suicide fournie à des personnes qui pouvaient déjà se laisser mourir par renonciation aux traitements médicaux nécessaires à leur survie, au titre de la loi de décembre 2017 sur l'interruption des traitements et les soins palliatifs. Soucieuse de ne pas s'éloigner par trop de la volonté du législateur, la Cour va chercher dans cette loi les détails d'une « procédure médicalisée » qu'elle applique, par analogie, à l'assistance au suicide – dans l'ordre, notamment, de la vérification de la capacité d'auto-détermination du patient ainsi que du caractère libre et éclairé de son choix, de l'information du patient sur les autres possibilités qui s'offrent à lui, ou dans celui de la relation entre le patient et son médecin. Pour contrôler le respect des conditions propres à déclencher l'irresponsabilité pénale en matière d'assistance au suicide, énoncées par elle un an plus tôt, la Cour s'en remet à l'administration du ministère de la Santé, après avis des comités d'éthique territorialement compétents. Elle précise en outre qu'en dépénalisant ainsi l'assistance au suicide, elle laisse les médecins libres d'y renoncer, au nom de leur conscience.

Tout en affirmant réitérer « avec insistance » son souhait que le législateur règle lui-même la question, rapidement et complètement, conformément aux principes qu'elle rappelle dans sa décision, la Cour se fait ici législatrice, à titre au moins temporaire : elle déclare inconstitutionnel l'article 580 du code pénal, en tant qu'il ne prévoit pas une cause d'irresponsabilité pénale au bénéfice de ceux qui aident à se suicider des personnes qui entrent dans les critères qu'elle a énoncés un an plus tôt – la pathologie incurable, les souffrances intolérables, le maintien en vie artificiel par un dispositif médical, ainsi que la capacité de prendre des décisions libres et conscientes. Pour la Cour, qui a invalidé partiellement la disposition législative, cela revient à délimiter, en lieu et place du législateur inerte, les conditions dans lesquelles la loi pénale autorise l'assistance au suicide.

La décision fait l'objet d'interprétations doctrinales divergentes. Certains y lisent la consécration d'un droit à mourir dans la dignité, au bénéfice des malades remplissant ces critères. D'autres, insistant sur le refus explicite par la Cour, en 2018 puis en 2019, de « déduire d'un droit générique à l'autodétermination individuelle la licéité générale de l'assistance au suicide », jugent que sa portée est plus modeste. Quelques semaines plus tard, en décembre 2019, l'accusé, dans la procédure au principal, est acquitté.

La loi éludée

11. À l'inverse du rôle qu'elle a ainsi joué en matière d'assistance au suicide, la Cour constitutionnelle se présente, en matière d'euthanasie active, comme un frein à la réforme. La « saga Cappato » aurait pu s'en tenir là. Face à l'inertie prolongée du législateur, elle prend néanmoins une forme nouvelle. Après avoir obtenu une réduction du champ de la pénalisation de l'assistance au suicide au titre de l'article 580 du code pénal, Marco Cappato

s'attache à obtenir une modification de l'article 579, qui réprime l'« homicide consenti », ou l'euthanasie active. En regard de l'extrême fragmentation du Parlement italien – le gouvernement technique de Mario Draghi ne bénéficiant alors que d'une majorité, non politique, après la démission du gouvernement de Giuseppe Conte –, il est inimaginable que le Parlement adopte une loi sur ce sujet. Le choix du militant ne se porte plus alors sur la commission de l'acte prohibé, de manière à pouvoir soulever l'inconstitutionnalité de cette disposition à l'occasion de son procès. Il privilégie une autre voie de droit : le référendum abrogatif d'initiative populaire.

L'article 75 de la Constitution en fixe les grands traits, tout en renvoyant au législateur le soin d'en préciser les modalités d'application⁶⁵. La proposition de référendum doit tendre à l'abrogation totale ou partielle d'une loi ou d'un acte ayant valeur de loi, à l'instar des décrets-lois – à l'exclusion des lois fiscales et budgétaires, des lois d'amnistie et de remise de peine et des lois autorisant la ratification de traités internationaux. Le mécanisme est précisé d'abord par une loi constitutionnelle qui, en 1953⁶⁶, confie à la Cour constitutionnelle le soin de vérifier que les propositions de référendum ne portent pas sur les lois ainsi exclues de son champ.

Depuis 1978, elle y ajoute des limites qu'elle infère de l'article 75 de la Constitution dans son ensemble, ainsi que de l'économie générale de cette dernière⁶⁷. Cela lui permet, d'une part, de contrôler la structure formelle des propositions référendaires et de consacrer certaines causes implicites d'irrecevabilité. Cela la conduit, d'autre part, à exclure du champ des lois susceptibles de faire l'objet d'un référendum abrogatif les « lois au contenu constitutionnellement lié », parce qu'il existe une connexion substantielle étroite entre la loi et une disposition constitutionnelle, si bien que l'on ne saurait modifier le noyau normatif de la première sans affecter la seconde : ainsi des lois qui reproduisent le contenu de dispositions constitutionnelles ou des lois qui concrétisent une disposition constitutionnelle de la seule façon qui soit constitutionnellement permise⁶⁸, des lois dont l'abrogation priverait entièrement d'effectivité un principe ou un organe constitutionnel⁶⁹, ou conduirait à supprimer une protection minimale exigée par la Constitution⁷⁰. Quant aux lois qui réalisent un principe constitutionnel sans représenter l'unique moyen à travers lequel elles pourraient le faire – qualifiées habituellement de « lois constitutionnellement nécessaires » –, il est possible de les modifier ou de les remplacer par d'autres règles, non de les abroger purement et simplement⁷¹. Cette représentation fait écho, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, aux « garanties légales des exigences constitutionnelles »⁷².

L'initiative de la procédure est confiée à cinq cent mille électeurs – ou à cinq conseils régionaux. Pour que la proposition

(65) Pour une présentation, v., Ph. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, 4^e éd., PUF, coll. 3Droit fondamental3, 2015, p. 881-869.

(66) Loi constitutionnelle italienne n° 1, 11 mars 1953, art. 2, al. 1^{er}.

(67) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 16/1978, 2 févr. 1978.

(68) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 16/1978, 2 févr. 1978 ; n° 26/1981, 10 févr. 1981.

(69) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 25/1981, 9 févr. 1981.

(70) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 35/1997, 30 janv. 1997.

(71) Cour constitutionnelle italienne, n° 24/1981, 9 févr. 1981 ; n° 49/2000, 3 févr. 2000.

(72) V., A. Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Éd. Panthéon-Assas, 2007.

soumise au référendum soit approuvée, il faut à la fois qu'une majorité des électeurs inscrits participe au scrutin et qu'une majorité des votants se prononce en sa faveur.

Adoptée en 1970, la loi concrétisant l'article 75 de la Constitution institue un bureau central des référendums rattaché à la Cour de cassation⁷³. Elle l'habilite à collecter les signatures⁷⁴, à contrôler la recevabilité des propositions de référendum en regard de la loi⁷⁵, avant que la Cour constitutionnelle en contrôle la recevabilité en regard de la Constitution⁷⁶. La loi prescrit en outre les règles d'organisation du référendum⁷⁷.

12. Une difficulté apparaît rapidement dans le creux de la loi de 1970 : en prévoyant la possibilité de soumettre au corps électoral une proposition tendant à l'abrogation de fragments d'énoncés législatifs⁷⁸, elle rend possible en pratique la « manipulation » des propositions de référendum. Effacer certains mots d'un énoncé législatif revient bien souvent en effet à le réécrire. Loin de n'être l'instrument que d'un législateur « négatif », la procédure risque alors de devenir un instrument populaire de législation positive. La Cour constitutionnelle prohibe depuis 1997 les propositions « manipulatrices », fondées sur la « soudure » de fragments lexicaux hétérogènes, alors qu'il n'existait pas de rapport à l'origine entre les mots ainsi rapprochés. Elle autorise à l'inverse les propositions qui résultent de « l'extension de normes préexistantes »⁷⁹. En pratique pourtant, la distinction entre la gomme et le crayon n'est pas toujours claire, la première pouvant remplir la fonction habituelle du second⁸⁰.

C'est précisément ce dont il est question ici. Avec l'association « Luca Coscioni », Marco Cappato s'attache à obtenir l'organisation d'un référendum tendant à l'abrogation partielle de l'article 579 du code pénal. Ses promoteurs espèrent obtenir la légalisation de l'euthanasie active pour les personnes remplissant les critères établis par la Cour constitutionnelle pour exonérer de responsabilité pénale certaines formes d'assistance au suicide. Ils sont néanmoins contraints par la nécessité de n'utiliser que la gomme. Ainsi formulent-ils la question en utilisant la technique de la « soudure », du rapprochement de fragments d'énoncés normatifs : « Souhaitez-vous que soient abrogés, à l'article 579 du code pénal (homicide consenti), approuvé par le décret royal n° 1398 du 19 octobre 1930, les mots "emprisonnement de six à quinze ans" dans son premier paragraphe, l'intégralité de son deuxième paragraphe, et le mot "s'applique" dans son troisième paragraphe ? » Dans sa version originelle, le texte punit de façon générale l'homicide consenti, puis il alourdit la peine en cas de circonstances aggravantes tenant à la minorité de la victime, à son aliénation ou à sa déficience mentale, à un vice de son consentement. La proposition de référendum tend à limiter le champ de l'interdiction à ces seules circonstances – partant, à dépenaliser

l'euthanasie commise sur un majeur en pleine possession de ses facultés intellectuelles dont le consentement n'est pas vicié.

La modification apportée à l'article 579 aurait deux conséquences. D'une part, l'homicide consenti serait dépénalisé de façon générale, quelles que soient les raisons données pour justifier son consentement à être tué. D'autre part, l'assistance au suicide n'étant autorisée que lorsque sont remplies les quatre conditions édictées par la Cour – la pathologie incurable, source de souffrances physiques ou psychiques intolérables, le maintien en vie artificiel par un dispositif médical, la capacité à prendre des décisions libres et conscientes –, il deviendrait plus aisé de recourir à l'homicide consenti, que ces critères au demeurant soient ou non remplis, qu'au suicide assisté.

Le 15 décembre 2021, le bureau central des référendums près la Cour de cassation déclare la proposition recevable au regard de la loi. La Cour constitutionnelle doit la contrôler. L'association qui porte la proposition s'efforce de la convaincre de sa recevabilité, en insistant sur le fait qu'elle ne conduit pas à dénaturer le sens de la disposition, et sur l'absence de manipulation. En se fondant sur des précédents de la Cour, elle soutient que cette dernière ne peut pas exercer le contrôle de constitutionnalité au fond de la proposition à l'occasion du contrôle de sa recevabilité, bien qu'il lui soit possible d'adresser au législateur des indications visant à ce qu'il surmonte d'éventuelles difficultés susceptibles de résulter de l'adoption du référendum – en s'inscrivant dans le sillage de la décision n° 242 de 2019 sur l'assistance au suicide. L'association affirme également que le référendum, s'il était adopté, permettrait d'éliminer la discrimination qui existe désormais entre les patients en fin de vie qui, parce qu'ils disposent encore d'une autonomie de geste, peuvent faire advenir leur propre mort, et ceux pour lesquels l'absence d'autonomie de geste rend matériellement impossible le suicide, fût-il assisté. En outre, elle soutient que si la proposition était jugée recevable par la Cour et que le référendum était adopté, cela n'empêcherait pas le législateur d'adopter une loi visant à régler l'ensemble de la question de façon systématique, dans le respect des décisions de la Cour constitutionnelle. De plus, l'association s'attache à établir que l'abrogation demandée ne conduirait pas à porter atteinte à la « ceinture de protection » garantie par la Cour dans sa décision n° 242, dans la mesure où les personnes les plus fragiles et vulnérables resteraient protégées par l'article 579 du code pénal dans sa nouvelle formulation. Enfin, elle s'oppose à l'idée selon laquelle la norme pénale serait seule à même de protéger les personnes fragiles, en contestant l'idée selon laquelle la Constitution imposerait des « obligations positives d'incrimination pénale ».

13. Complexe dans le détail, le raisonnement de la Cour, dans sa décision n° 50/2022, peut être résumé par une idée simple. La protection de la vie humaine, parce qu'elle se situe au sommet des droits fondamentaux, ne saurait être privée de concrétisation législative. Or, si elle devait prospérer, la proposition de référendum qui lui est soumise conduirait en pratique, au nom de la promotion de la liberté de s'autodéterminer, à rendre possible la neutralisation de la protection de la vie humaine, au détriment en particulier des personnes les plus vulnérables.

Premièrement, elle rappelle les contours du contrôle qu'elle exerce sur les propositions de référendums abrogatifs. Elle procède d'abord par inclusion. Elle doit vérifier, d'une part, qu'il n'existe pas de motif d'irrecevabilité de la proposition au titre

(73) Loi italienne n° 352, 25 mai 1970, « Règles relatives aux référendums prévus par la Constitution et à l'initiative législative du peuple », art. 12.

(74) Loi italienne n° 352, 25 mai 1970, art. 28.

(75) Loi italienne n° 352, 25 mai 1970, art. 32.

(76) Loi italienne n° 352, 25 mai 1970, art. 33.

(77) Loi italienne n° 352, 25 mai 1970, art. 34-40.

(78) Loi italienne n° 352, 25 mai 1970, art. 27, al. 3.

(79) Cour constitutionnelle italienne, n° 36/1997, 30 janv. 1997.

(80) V., J. Giudicelli, *La Cour constitutionnelle italienne et le référendum abrogatif*, thèse, droit public, Toulon, 2002, p. 102-112.

aussi bien de la lettre de l'article 75, alinéa 2 de la Constitution que de son économie générale. Il lui faut contrôler, d'autre part, le respect des exigences relatives à la formulation des questions référendaires inférées de l'économie générale de la Constitution – dans l'ordre de l'homogénéité, de la clarté et de la simplicité, de la complétude, de la cohérence et de l'aptitude de la question référendaire à atteindre l'objectif qui lui est assigné – tout en vérifiant que l'opération référendaire vise bien à abroger une disposition législative⁸¹. Elle procède ensuite par exclusion. Le contrôle de recevabilité mené par la Cour présente des « caractéristiques spécifiques et autonomes » par rapport au contrôle de constitutionnalité des lois⁸². De sorte que la Cour se refuse en principe à exercer, à l'occasion de son contrôle de recevabilité des propositions de référendum, un contrôle de la constitutionnalité de ces dernières, ou de la loi telle qu'elle résulterait de l'adoption du référendum⁸³. Tout au plus la Cour se reconnaît-elle la faculté d'une appréciation liminaire, nécessairement limitée, du rapport entre l'objet de la question référendaire et la Constitution, afin de vérifier que l'abrogation d'une disposition n'entraînerait pas, en elle-même, une atteinte frontale à l'application d'une disposition constitutionnelle⁸⁴.

Deuxièmement, la Cour analyse les données de la question qui lui est posée. Tout d'abord, elle rappelle que l'article 579 du code pénal, comme l'article 580, tendait en 1930 à protéger la vie humaine, en établissant une « ceinture de protection » indirecte tendant à empêcher les tiers de coopérer avec ceux qui souhaitent se suicider. Il fonde ainsi en la matière un principe d'indisponibilité de la vie humaine, en excluant que le consentement de la victime d'un homicide puisse être assimilé à une cause d'irresponsabilité pénale. La Cour imagine ensuite les conséquences concrètes de la réforme législative à laquelle conduirait une réponse favorable à la question référendaire. Elle constate qu'elle reviendrait à consacrer la pleine disponibilité de la vie de toute personne capable de consentir valablement à sa propre mort, sans aucune autre contrainte – bien au-delà des seules personnes atteintes de maladies graves et incurables, sans considération des motifs qui peuvent conduire à demander à mourir. Cette faculté serait également ouverte aux individus qui connaissent des situations de détresse de nature entièrement différente, affective, familiale, sociale, économique – voire pour une simple fatigue de vivre (*tædium vitæ*). L'adjuvant macabre pourrait très bien ne pas être un médecin. Les moyens utilisés pour tuer pourraient être divers – tels un poison, une arme à feu ou un couteau. On n'aurait aucune certitude que la victime a consenti au principe de son homicide et à ses modalités. On ne pourrait exclure en outre que ce consentement soit donné par erreur. Aussi la loi aurait-elle un champ beaucoup plus large que celui que prévoit la loi de décembre 2017 en matière d'expression du consentement à un traitement thérapeutique, de révocation et de refus de ce dernier.

(81) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 70/1978, 1^{er} juin 1978 ; n° 48/1981, 23 mars 1981 ; n° 137/1993, 31 mars 1993 ; n° 174/2011, 7 juin 2011.

(82) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 251/1975, 18 déc. 1975 ; n° 16/1978, 2 févr. 1978 ; n° 45/2005, 13 janv. 2005 ; n° 26/2011, 12 janv. 2011.

(83) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 46/2005, 13 janv. 2005 ; n° 47/2005, 13 janv. 2005 ; n° 48/2005, 13 janv. 2005 ; n° 27/2017, 11 janv. 2017.

(84) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 45/2005, 13 janv. 2005 ; n° 15/2008, 16 janv. 2008 ; n° 16/2008, 16 janv. 2008 ; n° 24/2011, 12 janv. 2011.

Troisièmement, la Cour estime devoir apprécier la proposition de référendum abrogatif dans sa portée objective et ses effets directs, afin d'examiner notamment si elle ne serait pas irrecevable par l'effet de l'inconstitutionnalité de son contenu⁸⁵. Or la question qui serait soumise à référendum affecte, selon elle, une « loi constitutionnellement nécessaire ». La Cour commence par affirmer que le droit à la vie se situe au sommet des droits fondamentaux de l'individu. Elle reprend ensuite, à propos de l'homicide consenti, le raisonnement qu'elle avait déployé à propos de l'assistance au suicide : la nouvelle Constitution, après la Seconde Guerre mondiale, a conféré à une même disposition législative, adoptée par le législateur fasciste, un fondement différent. Elle juge une fois encore que la protection des personnes les plus faibles et les plus vulnérables, qui légitime l'incrimination d'assistance au suicide, remplit une fonction équivalente pour l'homicide consenti. Aussi est-il « constitutionnellement nécessaire » de garantir une mise en balance des deux intérêts pertinents en regard de la Constitution, – encore une fois, la liberté de s'autodéterminer et la protection de la vie humaine. La première ne saurait jamais prévaloir inconditionnellement sur la seconde – à quoi conduirait pourtant le silence législatif provoqué par une telle abrogation. Sans doute la disposition législative n'est-elle pas, en principe, une « loi au contenu constitutionnellement lié », dans la mesure où il existe d'autres réglementations destinées à protéger la vie humaine. Cependant, le législateur ne saurait abroger purement et simplement cette disposition « constitutionnellement nécessaire », car cela reviendrait à ne pas garantir le niveau minimum de protection imposé par la Constitution.

Quatrièmement, la Cour juge qu'il ne suffit pas, pour que soit assurée la protection des personnes vulnérables, que la proposition de référendum tende au maintien de la pénalisation de l'homicide consenti en cas de minorité, d'aliénation, de déficience mentale ou de vice du consentement de la victime. Aussi conclut-elle que la proposition de référendum abrogatif est irrecevable, non pas tant parce que sa formulation s'apparenterait à une « manipulation », mais parce que la disposition en question, « constitutionnellement nécessaire », ne saurait être abrogée par ce biais.

14. La décision, qui met un terme à la proposition de référendum, appelle plusieurs observations.

La première est d'ordre légistique. Tout en continuant de préciser les contours des propositions de référendums abrogatifs susceptibles d'être recevables, la Cour met en lumière les limites des réformes qui procèdent de la suppression de fragments d'énoncés normatifs. Sans doute peut-on estimer, à l'aune de sa décision, que cette proposition de référendum était mal rédigée. Concédonc cependant que ses promoteurs ne pouvaient guère faire mieux : gommer certains mots de l'article 579 du code pénal ne permettait d'obtenir que des résultats grossiers, alors que la délicatesse de la question appelait une législation plus fine qui, seule, aurait été propre à susciter la mansuétude de la Cour. Le Parlement a plus de liberté que le législateur référendaire.

La deuxième est d'ordre stratégique. Dernière institution en mesure de se prononcer sur la proposition avant l'organisation du référendum, la Cour agit ici dans un cadre contraint. Elle est confrontée, en raison de l'inertie du Parlement, à une alternative

(85) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 17/1997, 30 janv. 1997.

rigide. Si elle juge la proposition recevable, elle prend le risque, en cas de succès du référendum, que l'euthanasie soit autorisée, jusqu'à l'éventuelle adoption d'une nouvelle loi, en des termes extrêmement larges – sans la limiter à la fin de vie, ou à la sphère d'irresponsabilité pénale qu'elle avait dessinée en 2019 en matière d'assistance au suicide. Cela reviendrait à privilégier structurellement la liberté de s'autodéterminer au détriment de l'exigence de protection de la vie humaine. À l'inverse, si elle juge la proposition irrecevable, elle ne dispose pas de la marge de manœuvre qui était la sienne en 2018 puis en 2019 : elle ne saurait, cette fois-ci, pousser le législateur à établir des causes d'irresponsabilité pénale, puis, s'il n'agit pas, les consacrer elle-même.

La troisième observation est d'ordre procédural. En dépit de l'affirmation réitérée selon laquelle l'appréciation de la recevabilité des propositions de référendums abrogatifs ne s'apparente pas à un contrôle de leur constitutionnalité au fond⁸⁶, la Cour constitutionnelle illustre ici les limites de la distinction. En acceptant de déclarer irrecevables des propositions parce qu'elles tendent à la neutralisation de dispositions législatives « constitutionnellement nécessaires », elle fait indirectement de leur constitutionnalité au fond une condition de la recevabilité de ces propositions. On peut même aller jusqu'à y voir une façon de réintroduire une forme de contrôle *a priori* dans un pays où le contrôle de constitutionnalité est mené, en principe, *a posteriori*.

La quatrième observation est d'ordre jurisprudentiel. Dans sa décision de 2019, la Cour consacrait des sphères de protection de l'autodétermination individuelle – en le pondérant certes avec les autres principes en jeu. Ici, alors même que le point de départ de son raisonnement est explicitement le même, elle est conduite à s'y opposer. Frappant, ce hiatus ne saurait être masqué par les efforts qu'elle déploie pour jeter des ponts en 2022 vers son ordonnance de 2018 et sa décision de 2019. Une lecture croisée de ces trois interventions de la Cour constitutionnelle au cours de cette « saga Cappato » rappelle à cet égard la difficulté pour une cour constitutionnelle de bâtir un corps de doctrine substantiellement cohérent lorsque ses décisions sont rendues – sans qu'elle ait sur ce point son mot à dire – dans le cadre de procédures distinctes.

La cinquième observation est d'ordre intellectuel. Les juges constitutionnels prennent habituellement en compte les conséquences potentielles de leurs décisions au moment de les préparer⁸⁷. La Cour constitutionnelle italienne place ici au cœur de son raisonnement les conséquences normatives et factuelles potentielles de la réforme qui procéderaient de l'abrogation populaire de la disposition législative, si elle jugeait le référendum recevable et que les électeurs la soutiennent majoritairement. En insistant ainsi sur de telles conséquences néfastes potentielles – la possibilité qu'une personne confrontée à un spleen passager

cherche à obtenir d'autrui qu'il mette fin à ses jours –, la Cour constitutionnelle s'engage cependant dans une voie périlleuse : la possibilité que les avantages offerts par une loi soient exploités de façon détournée a-t-elle vocation à devenir une cause d'inconstitutionnalité en général et, dans ce cadre, une cause d'irrecevabilité des propositions de référendums abrogatifs ? On imagine les difficultés que cela pourrait soulever.

La sixième observation est d'ordre théorique. Lorsqu'elle évoque le droit à la vie, la Cour utilise un vocabulaire qui trahit des tendances essentialistes. Elle le présente en effet comme « une valeur [...] à l'apogée des droits fondamentaux de l'individu »⁸⁸, comme l'un des droits qui appartiennent à « l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne »⁸⁹, et comme une « matrice primaire de tout autre droit de la personne protégé par la Constitution »⁹⁰. En mêlant valeurs et normes, en paraissant inférer une hiérarchie normative de la hiérarchie des préférences axiologiques de ses membres – sur le fondement, sans doute, des valeurs portées par le texte constitutionnel lui-même –, la Cour reste fidèle à sa tendance, au nom de sa vision de la « supra-constitutionnalité », à essentialiser certains principes, au premier chef desquels la dignité humaine, qui prend ici la forme du droit à la vie. Aussi ne confère-t-elle pas seulement à sa décision une tonalité jusnaturaliste : elle rappelle, s'il en était besoin, que les préférences morales et politiques des juges constitutionnels pèsent, bien plus qu'ils ne veulent généralement l'admettre, sur le contenu de leurs décisions.

La dernière observation est d'ordre institutionnel. On peut faire crédit aux juges de la Cour constitutionnelle de n'avoir pas souhaité trancher eux-mêmes ces questions délicates auxquelles la Constitution n'apporte aucune réponse définitive. Le cadre dans lequel elles se sont posées à eux leur a été partiellement imposé. Ils se sont attachés à donner dans le détail les raisons de chacune de leurs décisions. Au terme de cette longue trajectoire procédurale pourtant, la première impression suscitée par la Cour n'est pas celle d'une retenue juridictionnelle : après avoir pris argument de l'inertie du législateur pour régler elle-même la question de l'assistance au suicide, elle retire aux électeurs la faculté de se prononcer sur un référendum relatif à l'homicide consenti, en renvoyant implicitement au Parlement le soin de prendre ses responsabilités. Replacée dans son contexte, cette décision revient à faire appel à un organe qui refusera probablement de se saisir de la question – plus encore depuis l'accession à la présidence du Conseil de Giorgia Meloni –, tout en faisant obstacle à ce que les électeurs puissent le faire, alors même que, face à la paralysie du Parlement, ils auraient été l'instance la plus pertinente pour la trancher⁹¹. En dépit de son évocation de l'« esprit de coopération institutionnelle loyale et dialectique » au terme de ce jeu à trois, la Cour constitutionnelle s'est ainsi placée en position de faire prévaloir – seule – ses préférences en la matière.

(86) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 24/2011, 12 janv. 2011 ; n° 25/2011, 12 janv. 2011.

(87) V. S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016.

(88) V. égal. Cour constitutionnelle italienne, n° 223/1996, 25 juin 1996.

(89) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 35/1997, 30 janv. 1997.

(90) V., Cour constitutionnelle italienne, n° 238/1996, 27 juin 1996.

(91) V., V. Zagrebelsky, « Perché sul fine vita deve decidere il popolo » [Pourquoi le peuple doit décider de la fin de vie], *La Stampa*, 27 juin 2021.