



HAL
open science

Référendum et euthanasie, une question insoluble

Julien Giudicelli

► **To cite this version:**

| Julien Giudicelli. Référendum et euthanasie, une question insoluble. 2023. hal-04081744v1

HAL Id: hal-04081744

<https://hal.science/hal-04081744v1>

Preprint submitted on 2 May 2023 (v1), last revised 7 Nov 2023 (v2)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Référendum et euthanasie, une question insoluble.

La Cour constitutionnelle s'est prononcée sur trois questions référendaires en 2022, l'une, dans la décision n° 50 de 2022 relativement à l'abrogation partielle du délit d'homicide volontaire en regard de la problématique, décidément acute également outre-alpes, de la fin de vie, les deux autres concernant des dispositions relatives aux conditions d'éligibilité au revenu de citoyenneté et au revenu d'intégration, par les décisions n° 19 et 34 de 2022.

C'est sur la première affaire que nous allons porter notre attention, en raison de la sensibilité de cette question sociétale, qui saisit dorénavant tous les pays européens, dès lors que la matière n'a pas fait l'objet d'une législation spécifique, les deux autres ne présentant qu'un intérêt relatif au regard de la jurisprudence en matière référendaire depuis la première décision rendue en 1972.

Ce n'est pas la première fois que la Cour constitutionnelle eut à se prononcer sur des questions référendaires abrogatives relatives à des questions de société. Sa première décision en la matière porta sur le divorce, des associations proches de la Démocratie chrétienne (qui ne pouvait contester frontalement sa légalisation en ce qu'il participait à des gouvernements de coalition incluant des partis ayant porté la législation) ayant soumis la question de l'abrogation de la désunion à l'appréciation des juges constitutionnels, qui la déclarèrent admissibles. Le premier référendum eut lieu le 12 mai 1974 et le « non » massif (plus de 59 % des suffrages avec un taux de participation de 88 % et un différentiel de voix avec les « oui » de six millions) conforta définitivement, dans ce pays à la forte imprégnation catholique, le divorce.

La Cour eut par la suite à se confronter à d'autres questions sociétales d'importance, portant sur l'interruption volontaire de grossesse (1981) puis l'usage de stupéfiants et psychotropes (1993) pour ne citer que les décisions les plus connues.

Relativement à l'affaire jugée en 2022, la *Consulta* a déclaré l'inadmissibilité de la question référendaire. L'opinion publique a cru que le référendum proposé aurait eu pour objet l'euthanasie. A l'occasion de cette affaire, la Cour affirma, dans le sillage d'une jurisprudence bien établie, qu'une nouvelle législation relative à la brûlante question de la fin de vie ne pouvait être établie à travers l'abrogation d'une loi constitutionnellement nécessaire, l'article 579 du code pénal ayant pour objet entre autres des sujets vulnérables.

Le débat opposant partisans de l'admissibilité et de l'inadmissibilité de la question référendaire se résumait à une alternative simple : d'une part, les partisans de l'euthanasie, d'autre part ceux qui, se rangeant dans l'argumentaire de l'indisponibilité de la vie de la part du sujet, concluaient nécessairement au rejet de la demande.

Le référendum proposé souffrait, en tout état de cause, d'une ambiguïté terminologique due à la formulation qu'en firent ses promoteurs au moment du recueil des signatures requises (au moins 500 000 selon l'article 75 de la Constitution). S'agissait-il en effet en propre de la liberté de choix quant à la fin de vie, ou du retrait de l'ordre juridique italien de l'incrimination d'homicide de la personne consentante, à l'exception des hypothèses visées au troisième alinéa de l'art. 579 du code pénal (mineur de dix-huit ans ; malade mental ou en état de déficience mentale due à une autre infirmité ou à l'abus de substances alcooliques ou stupéfiantes ; personne dont le consentement a été extorqué par la violence, la menace ou la suggestion, ou dupé par la tromperie). Les promoteurs ne désiraient certes pas affirmer la disponibilité totale de la vie, permettant à chacun, hors les cas d'incapacité ou de vice

manifeste du consentement, d'autoriser sa propre mort ; cependant, le résultat objectif de la requête (ce que les Italiens appellent la norme de résultat) aurait été l'exclusion de l'incrimination d'homicide de la personne consentante non plus dans les seuls cas de personnes souffrant de pathologies irréversibles, maintenues en vie par la médecine moderne et capables de prendre des décisions libres et conscientes, mais aussi dans tous les autres cas.

En fait, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser (décision n° 17 de 1997) que c'est la question abrogative en soi qui doit être évaluée dans sa portée objective et ses effets directs, et qu'il n'est en revanche pas possible d'attribuer au référendum abrogatif la reconstruction d'une réglementation nouvelle, sauf à opérer une véritable manipulation (d'où la notion de référendum manipulateurs – *referendum manipolativi* –) de l'instrument référendum en regard de la législation « attaquée » (décisions n° 29/1987 ; 47/1991 ; 32 et 33/1993 ; 5 et 10/1995 ; 26 et 28/1997 ; 13/1999 ; 33 et 34/2000 ; 15, 16 et 17/2008). En ce cas, le référendum de l'article 75 aurait été détourné de son esprit, devenant subrepticement propositif.

Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, inaugurée en 1997 vise à prévenir une utilisation « pathologique » du référendum abrogatif, très éloignée de sa définition originelle. De nombreux mouvements politiques (c'est notamment le cas du Parti radical) avaient commencé à manier avec maestria l'institution de l'article 75 non pas seulement pour expurger de l'ordre juridique des normes déterminées, mais aussi pour œuvrer à l'élaboration de nouvelles, totalement originales : celles-ci n'avaient en effet aucun rapport avec les normes initiales, dont on ne restreignait alors plus le champ d'application mais dont on transformait radicalement la portée. Ces opérations de « coupes chirurgicales », redessinant en profondeur la physionomie d'un texte, ont été rendues possibles par une conception extrêmement compréhensive des référendums abrogatifs. La doctrine italienne s'était très tôt émue d'une telle dénaturation de l'article 75 de la Constitution. Elle fut entendue, puisque l'interdiction des référendums manipulateurs établie par la Cour en 1997 prend une position centrale depuis lors.

Mais c'est une autre voie que la *Consulta* a entendu prendre : selon les juges constitutionnels, la question aurait surtout affecté une norme constitutionnellement nécessaire, ce qui permet en soi de justifier de son inadmissibilité. L'art. 579 – ainsi que le cas de complicité de suicide prévu par l'art. 580 du code pénal – révèle pour les juges l'intention du législateur de 1930 de protéger la vie humaine même dans les cas où le titulaire de son droit voudrait y renoncer, de son propre fait ou grâce à l'aide d'autrui. Certes, et fort heureusement, le suicide (ou plutôt sa tentative), n'est pas punissable. Seul peut être incriminé celui qui, par l'aide qu'il viendrait à prodiguer, contribue à provoquer sa mort. Il s'agit donc d'une infraction pénale autonome, dont le régime est par ailleurs moins sévère que celui prévu par l'art. 575 du code pénal. Le deuxième alinéa de l'art. 579 exclut notamment les circonstances aggravantes communes prévues par l'art. 61 du code pénal. Pour la Cour, la question référendaire aurait donc sollicité les électeurs afin qu'ils abrogent en partie la loi pénale, de sorte que la norme qui en aurait résulté aurait fini par légitimer l'homicide de la personne consentante bien en dehors du cas spécifique de l'euthanasie, malgré l'indéniable bonne foi des promoteurs.

La jurisprudence de la Cour a depuis longtemps précisé que la procédure référendaire doit exclure, d'une part, les lois à contenu constitutionnellement lié et, d'autre part (ce qui est ici le cas), les lois ordinaires à contenu constitutionnellement nécessaire (ou obligatoire), c'est-à-dire dont l'abrogation priverait totalement d'effectivité un principe ou un organe constitutionnel prévu et garanti par la Constitution.

L'analyse de cette jurisprudence nous fournit l'occasion d'apporter quelques précisions quant à ces deux notions. Certains constitutionnalistes italiens s'étaient interrogés sur l'existence de lois particulières qui, en raison de leur lien spécifique avec la Constitution,

auraient dû être soustraites au référendum car son éventuelle issue positive aurait porté atteinte au principe, à la disposition, à l'institution ou à l'organe constitutionnel correspondant (v. notamment C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, CEDAM, 1970, p. 179). La doctrine désigna cette catégorie comme constitutive des « lois constitutionnellement nécessaires » ou « obligatoires ». Ce concept paraissait cependant trop large, puisque de très nombreuses lois contribuent à mettre en œuvre la Constitution. Ainsi, son accueil par la Cour aurait considérablement restreint le champ d'incidence du référendum abrogatif.

C'est pourquoi les juges constitutionnels ont prudemment repoussé, dans la décision fondatrice de sa jurisprudence en matière référendaire (décision n° 16 de 1978), la proposition avancée par l'Avvocatura dello Stato, qui demandait que toutes les requêtes référendaires portant sur des lois constitutionnellement nécessaires fussent jugées inadmissibles : « il n'est pas soutenable que toutes les lois ordinaires mettant en œuvre des institutions, organes, procédures, principes établis ou prévus par la Constitution, soient soustraites au référendum abrogatif. [...] Le référendum subirait des limitations extrêmement larges et indéterminées ».

La *Consulta* précisa ensuite son propos. La catégorie des lois constitutionnellement nécessaires (ou obligatoires) n'est pas univoque car elle recouvre en fait deux catégories de lois prévues par la Constitution, mais dont les modalités de traduction législative diffèrent sensiblement. Il est des lois dont le texte fondamental se borne à poser le principe, sans prédéterminer leur contenu, de sorte que le Législateur ordinaire peut choisir entre différentes modalités d'adaptation du prescrit constitutionnel. Cette marge de manœuvre opératoire est en revanche interdite pour les lois dont le contenu est constitutionnellement déterminé ou, selon la terminologie de la Cour, lié. L'unification, dans un concept générique, de ces deux types de lois est, dès lors, très contestable, car elle confond le genre (les dispositions constitutionnellement obligatoires) et l'espèce (les dispositions à contenu constitutionnellement lié) : « la référence aux lois constitutionnellement obligatoires s'avère viciée par une équivoque de fond. Cette formule ferait en effet penser que ces lois, et non d'autres, sont, dans leurs actuels contenus normatifs, indispensables pour concrétiser les dispositions constitutionnelles correspondantes. Cette assertion est tout au contraire fautive, du moment que ces actes législatifs – à la seule exception des dispositions constitutionnellement liées – ne réalisent qu'une solution parmi tant d'autres possibles pour actualiser la Constitution ».

La distinction entre les deux types de dispositions a été initialement proposée par le Gustavo Zagrebelsky qui affirma que « la requête référendaire abrogative d'une norme de mise en œuvre de la Constitution est inadmissible, en ce qu'elle tend, subrepticement, à agir contre la norme constitutionnelle... » (G. ZAGREBELSKY, « Relazione » in *Il dettato costituzionale in tema di referendum. Funzioni e poteri della Corte di cassazione e della Corte costituzionale. Le otto richieste radicali di referendum* (Atti del II convegno giuridico promosso dal gruppo parlamentare radicale. Roma, 7 gennaio 1978), Roma, resoconto stenografico, 1978, p. 28). Il précise aussitôt et traça, ce faisant, la ligne de partage entre les dispositions à contenu constitutionnellement lié et les dispositions constitutionnellement obligatoires : « ... à une condition rigoureuse néanmoins : que la loi ordinaire dont il s'agit contienne la seule réglementation permise par la norme constitutionnelle. Si, en revanche, cette dernière peut être réalisée de différentes façons, la requête référendaire d'une loi qui a choisi une de ces possibilités, parce qu'elle a exclu toutes les autres hypothèses de réalisation, ne pourra pas être considérée comme étant orientée, indirectement et de façon inconstitutionnelle, contre la norme constitutionnelle, mais bien, directement, contre un type particulier de réalisation législative de la Constitution ». L'auteur souligna que la différence entre les deux catégories de dispositions relève de la distinction entre l'existence et l'essence : « les lois constitutionnellement obligatoires sont celles qui doivent exister mais dont la Constitution ne dit pas comment elles doivent être » (G. ZAGREBELSKY, *Il sistema*

costituzionale delle fonti del diritto, op. cit., p. 189). Les requêtes visant de telles lois ne sauraient être systématiquement déclarées inadmissibles, d'autant qu'il existe une possibilité de remédier à la lacune que provoquerait l'issue positive du référendum : « dans le cas où [des dispositions constitutionnellement obligatoires] seraient abrogées par référendum, il y aurait la nécessité de combler la lacune par une nouvelle loi. Pour permettre au Législateur de faire face à cette nécessité [...] l'article 37 dernier alinéa de la loi n° 352 de 1970 a prévu que le président de la République, pourra, dans le décret par lequel il déclare l'abrogation de la loi, sur proposition du ministre intéressé et après délibération préalable du conseil des ministres, retarder l'entrée en vigueur de l'abrogation ».

Dès lors qu'une telle possibilité de prorogation de la loi visée par le référendum, par hypothèse réussie, a été explicitement prévue par le Législateur ordinaire de 1970, prohiber, par principe, toutes les requêtes référendaires visant des lois constitutionnellement obligatoires impliquerait une réduction excessive du champ d'intervention du Législateur référendaire. On frustrerait indûment le corps électoral, en lui empêchant de contester un nombre considérable de lois, alors précisément que son intervention est déjà limitée par la forme abrogative du référendum italien : « exclure le référendum sur les lois constitutionnellement obligatoires signifierait faire peser deux fois sur le corps électoral les conséquences de la limite structurelle du référendum purement abrogatif : le référendum n'est pas prévu pour être une source "pleine" (négative mais aussi positive) et il faut en déduire que l'on ne doit pas ajouter une autre limite, c'est-à-dire celle de l'interdiction des lois constitutionnellement obligatoires. Il appartient en revanche aux organes titulaires d'un pouvoir législatif "plein" d'assurer la présence de lois dont la Constitution veut l'existence » (*ibidem*). En d'autres termes, on ne peut reprocher à l'initiateur référendaire la caractéristique même du référendum abrogatif, c'est-à-dire sa négativité. On ne peut pas, en conséquence, lui imputer le vide législatif, provisoire, que le référendum victorieux provoquerait. C'est au Législateur ordinaire de le combler, le cas échéant, et c'est en ce sens que la prorogation provisoire de la loi attaquée a été prévue. Le référendum abrogatif constitue une « liberté constitutionnelle » pour reprendre les termes d'Antonio Baldassarre (« La commedia degli errori », in *Pol. dir.*, 1978, p. 577). Or, toute restriction d'une liberté doit être strictement délimitée.

Dans le sillage de ces réflexions doctrinales, la Cour explicita sa position dans la décision n° 24 de 1981 en réaffirmant que sont admissibles les requêtes portant sur des normes qui, « même si elles constituent une réalisation d'un principe constitutionnel, ne représentent pas l'unique moyen à travers lequel ce principe se réalise ». Dans l'arrêt suivant, n° 25 de 1981, elle précisa que le critère des lois à contenu constitutionnellement lié embrasse seulement les lois « qui incorporent des principes ou des dispositions constitutionnelles déterminés en reproduisant les contenus ou en les concrétisant de la seule façon constitutionnellement permise ».

La ligne de partage entre les requêtes abrogatives admissibles car portant sur des dispositions constitutionnellement obligatoires et celles, inadmissibles, puisque relatives à des dispositions à contenu constitutionnellement lié, semble, a priori, claire. Si le Législateur dispose d'une réelle marge de pouvoir discrétionnaire pour mettre en œuvre une disposition constitutionnelle, la loi pourra être considérée comme constitutionnellement obligatoire, et une requête référendaire la visant, admissible. Dans cette hypothèse, le Législateur, pour paraphraser le Professeur Chapus, a le pouvoir de choisir entre deux législations également conformes à la constitutionnalité. A l'inverse, le Législateur aura compétence liée pour réaliser un précepte constitutionnel si le texte fondamental ne lui donne aucun choix pour mettre en œuvre une de ses dispositions. La loi sera considérée à contenu constitutionnellement lié. Son abrogation par la voie référendaire serait donc inadmissible car elle risquerait de nuire au principe constitutionnel dont la loi n'est que la traduction.

C'est dans le cadre ici des lois à contenu constitutionnellement nécessaire ou obligatoire qu'il convient, dans l'espèce ici traitée, de se situer.

Le droit à la vie, placé au sommet des droits fondamentaux de la personne appartient, selon la Cour, à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution républicaine. De sorte que l'Etat a pour impérieux devoir de protéger la vie de chacun et non, tout au contraire, de permettre à chacun de lui demander d'accepter de l'aider à mourir, de son fait ou grâce à l'aide d'autrui. En effet, autre que l'assistance au suicide, une telle norme de résultat entraînerait une immunité pénale à quiconque tue autrui avec son consentement, qu'il soit ou non, et c'est ici que le bât blesse, souffrant. Ainsi, l'hypothétique référendum aurait eu pour objet et résultat non l'euthanasie, ni même le suicide assisté pour les personnes atteintes de pathologies irréversibles, mais l'homicide de quiconque y consent, indépendamment des raisons pour lesquelles le consentement est donné, des formes dans lesquelles il est exprimé, de la qualité de l'auteur de l'acte, et de la manière dont la mort est provoquée. Une dangereuse forme d'eugénisme aurait ainsi pu résulter d'une réponse positive à la question référendaire.

Il faut pour autant comprendre que cette décision ne revient surtout pas à affirmer qu'une éventuelle législation future soit exclue car inconstitutionnelle, pourvu dès lors que ses contours soient strictement précisés. Au Parlement dès lors de se saisir de la question et d'assumer ses responsabilités car on touche ici aux limites du référendum abrogatif, en l'absence de référendum propositif.