

Le consentement aux soins dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne*

FRANCESCO EMANUELE GRISOSTOLO**

Sommario

1. Introduction. – 2. Les origines dans la jurisprudence pénale. – 3. Le développement dans la jurisprudence civile. – 3.1. L’absence d’une loi sur le consentement jusqu’au 2017. – 3.2. Le contenu du principe du consentement dans la jurisprudence de Cassation. – 3.3. La construction par la jurisprudence du droit au refus des soins. – 4. La loi n° 219 du 2017 sur le consentement éclairé. – 5. Le rôle de la Cour constitutionnelle. – 5.1. Le droit à l’autodétermination. – 5.2. La Cour constitutionnelle en dialogue avec les autres pouvoirs à propos du consentement éclairé. – 6. Conclusions.

Data della pubblicazione sul sito: 29 ottobre 2020

Suggerimento di citazione

F.E. GRISOSTOLO, *Le consentement aux soins dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta all’interno della *Journée d’étude franco-italienne “La constitutionnalisation de la santé en France et en Italie”*, patrocinata dall’Università italo-francese, presso l’Université “Jean Monnet” – Saint-Étienne il 22 marzo 2019 ed è in corso di pubblicazione nella rivista *Politeia (Revue de l’AFAAIDC-Association Française des Auditeurs de l’Académie Internationale de Droit Constitutionnel)*. Le traduzioni dei testi giuridici italiani (legislativi e giurisprudenziali) sono tutte dell’autore.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l’Università degli studi di Udine. Indirizzo mail: f.grisostolo@gmail.com.

1. Introduction

Le consentement aux soins représente un thème de grand poids théorique et de grande importance pratique, qui se pose à la fois dans le développement de la relation médicale individuelle, et dans le débat social et juridique sur les limites aux thérapies qui peuvent être imposées au patient (c'est-à-dire la question du refus de soins). Dans les normes et la jurisprudence italienne le terme *consentement* est toujours accompagné de l'adjectif *éclairé* : on parle de consentement éclairé, *consenso informato*¹. Ce thème a été l'objet de cas très connus qui ont fait la une de la presse et qui sont normalement rappelés sous le nom des « protagonistes » d'une histoire souvent tragique sur le plan personnel, comme les cas *Welby*, *Englaro*, et plus récemment *Cappato*, que l'on va analyser ensuite.

Il faut préciser tout de suite que l'objet de cet article n'est pas seulement le consentement aux soins considéré en soi : plus précisément, le but est d'approfondir le consentement aux soins *dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne*. Il s'agit d'une précision assez importante parce qu'on peut affirmer que la Cour constitutionnelle n'a pas été le seul acteur de l'affirmation du principe du consentement éclairé dans notre système. L'article est donc divisé en deux parties. Premièrement, l'affirmation du principe en Italie et ses points les plus importants et les plus controversés. Deuxièmement, le rôle de la jurisprudence constitutionnelle dans ce parcours.

On peut soutenir que l'affirmation progressive du principe du consentement éclairé au niveau juridique dans le système italien et la définition de son contenu concret a été l'œuvre principalement de la Cour de Cassation, laquelle a dû se confronter à un cadre réglementaire très particulier². En effet, ce n'est que récemment que le Parlement a approuvé une loi qui vise à régler d'une façon

¹ La bibliographie sur le sujet est vaste et touche plusieurs domaines du droit. V., *ex multis*, M. CARDUCCI, *Consenso informato*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, III, Napoli, 2010, 424 ss.; M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS., P. ZATTI (cur.), *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTA e P. ZATTI, Milano, 2011, 191 ss.; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1, 127 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 4, 2011; V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 225 ss.; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, part. 117 ss.; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017; A. LO CALZO, *Il consenso informato "alla luce della nuova normativa" tra diritto e dovere alla salute*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 24.10.2018.

² Pour une analyse de le début du XX siècle, v. F.F. MONTI, *Responsabilità civile e penale del medico: luci ed ombre sul consenso informato nell'analisi della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 2, 1999, 213 ss.

explicite et complète le consentement éclairé : il s'agit de la *loi du 14 décembre 2017, n° 219, en matière de consentement éclairé et de dispositions anticipées de traitement*. Mais cette loi constitue le point d'arrivée d'un long parcours : on pourrait bien dire – utilisant une expression de Hegel – que le Parlement s'est comporté comme une *chouette de Minerve qui prend son envol au début du crépuscule*³, c'est-à-dire qu'il est intervenu quand les juges, de droit commun et constitutionnels, avaient déjà défini les traits fondamentaux de la discipline.

2. Les origines dans la jurisprudence pénale

La Cour de Cassation italienne a commencé à s'occuper de manière approfondie du problème du consentement aux soins surtout en matière de droit pénal⁴, à propos de l'application aux chirurgiens qui faisaient des opérations sans le consentement du patient de deux dispositions du Code pénal : l'art. 610 cod. pen., qui prévoit le délit de « *contrainte* »⁵, et l'art. 582 cod. pen., délit de lésions corporelles⁶. En ce cas, les médecins pouvaient évoquer deux causes d'irresponsabilité prévues par le Code pénal italien : le consentement du titulaire du droit (art. 50 cod. pen.⁷) et l'état de nécessité (art. 54 cod. pen.⁸). Dans le premier cas, le consentement aux soins autorisait le médecin à intervenir sur la

³ G.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Prefazione. Sul le rapport entre juges et législateur, v. la perspective de A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 novembre 2014.

⁴ Les arrêts les plus anciens de la Cassation (en droit civil) considéraient le consentement comme une question principalement de déontologie professionnelle, sanctionnant son absence uniquement dans les cas où l'intervention mettait « en grave danger la vie ou l'intégrité physique » du patient (Cass. civ., sez. III, sent. 25.07.1967, n° 1950 ; sent. 06.12.1968, n° 3906).

⁵ Art. 610, comma 1, cod. pen.: « Toute personne qui, avec violence ou menace, force autrui à faire, tolérer ou omettre quoi que ce soit est punie d'une peine de jusqu'à quatre ans de réclusion criminelle ».

⁶ Art. 582, comma 1, cod. pen.: « Toute personne qui cause à une personne une lésion qui entraîne une maladie physique ou mentale est punie d'une peine de trois mois à trois ans de réclusion criminelle ».

⁷ Art. 50 cod. pen.: « N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte ou met en danger un droit avec le consentement de la personne qui peut en disposer valablement ».

⁸ Art. 50, comma 1, cod. pen.: « N'est pas pénalement responsable la personne qui a commis le fait pour avoir été contrainte par la nécessité de sauvegarder elle-même ou autrui d'un danger actuel d'un préjudice grave à la personne, danger qui n'a pas été volontairement causé par elle-même, ni autrement évitable, sauf s'il y a disproportion entre le fait et la gravité de la menace ».

personne du patient, excluant la responsabilité pénale ; dans le deuxième cas, au contraire, l'état de nécessité permettait au médecin d'opérer le patient en danger de mort même *sans* son consentement⁹. Il est certainement important de rappeler cette jurisprudence parce qu'elle a été une première occasion d'établir l'importance et les caractéristiques du consentement éclairé mais il faut aussi signaler qu'elle est aujourd'hui décidément dépassée. D'un côté, la Cassation a établi qu'*en général* l'activité médicale est légitime en soi, sans la nécessité de faire référence à une cause d'irresponsabilité, étant « directe à protéger un bien constitutionnellement garanti, comme le droit à la santé »¹⁰. De l'autre, la jurisprudence exclut désormais que le médecin puisse décider d'opérer le patient qui exprimerait un refus de soins en ayant conscience des conséquences, et donc contre sa volonté, sans commettre le délit de lésions¹¹.

3. Le développement dans la jurisprudence civile

Mais ce sont surtout les juges civils qui – à partir des années '80 – ont dû définir le *statut* du consentement éclairé dans notre système pour décider des questions qui lui étaient posées. Le contentieux en matière de responsabilité médicale est devenu de plus en plus vaste et il est impossible d'en considérer ici tous les aspects. On parlera donc de trois profils particuliers qui nous permettront de mieux discuter ensuite le rôle de la jurisprudence constitutionnelle dans ce contexte : (1) le cadre des sources du droit, (2) le contenu du principe du consentement éclairé, (3) le refus de soins.

3.1 L'absence d'une loi sur le consentement jusqu'au 2017

Pour ce qui concerne les sources normatives, les juges ont dû faire face jusqu'en 2017 à l'absence d'une loi qui régulaient spécifiquement ces profils. Nous ne devons pas rester radicalement étonnés en lisant un passage très connu de la décision très contestée *Welby* du Tribunal de Rome¹². Le juge rejette le recours d'un malade en phase terminale qui demande l'interruption de l'alimentation artificielle en affirmant qu'il considère les principes auxquels le patient fait référence « de très haut contenu moral et civil et d'intense force évocatrice... mais ils sont indéterminés et appartiennent à une matière pas encore régulée par le droit, et ce vide ne peut pas être rempli par le juge, même pas en utilisant les critères

⁹ Par exemple, cass. pen., sez. V, sent. 06.11.1980; sez. V, sent. 18.03.1987; sez. V, sent. 12.05.1992.

¹⁰ Cass. pen., sent. 08.10.2001, n° 36519.

¹¹ Cass. pen., sent. 18.12.2008, n° 2437.

¹² Trib. Roma, ord. 15-16.12.2006. V.E. FORTUNA, *Il consenso informato e l'eutanasia nella casistica giudiziaria di Stati Uniti, Europa e Italia*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5, 2008, 991 ss.

d'interprétation qui autorisent à recourir à l'analogie ou aux principes généraux du système juridique »¹³. En effet le cadre est beaucoup plus articulé, comme l'affirment d'autres décisions qui seront prises en considération par la suite. D'abord, on a deux dispositions constitutionnelles, les articles 13 et 32 de la Constitution, qui donnent des indications très importantes en la matière¹⁴. Ensuite, on peut trouver une disposition législative de caractère général, mais en même temps assez *vague*, dans la loi du 1978 qui institue le Service Sanitaire National, laquelle affirme que les traitements sanitaires ont normalement un caractère *volontaire*¹⁵. Il y a des autres dispositions législatives beaucoup plus précises mais il s'agit de normes sectorielles, comme celles en matière de Procréation médicalement assistée ou de transfusion sanguine¹⁶.

On a aussi les codes de déontologie médicale qui donnent un ensemble de règles assez détaillées de la question¹⁷ ; cependant – selon la jurisprudence de Cassation – ce sont des sources valables dans le système sectoriel (par exemple, l'ordre des médecins) mais pas envers le tiers¹⁸. En venant enfin aux sources supranationales, on peut rappeler l'art. 3 de la Charte de Nice et la Convention d'Oviedo de 1997¹⁹. Toutes les deux prévoient le droit au consentement éclairé mais la disposition de

¹³ La décision fait référence aux règles d'interprétation prévues – en cas d'absence d'une disposition précise – par l'art. 12 des dispositions préliminaires du Code civil. La question est donc traitée par le juge en termes de stricte légalité (ordinaire), sans considérer les principes constitutionnels.

¹⁴ Sur ces dispositions constitutionnelles, v. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2, 2012, 455 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 666 ss.; C. TRIPODINA, *Articolo 32*, in S. BARTOLE, R. BIN (dir.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

¹⁵ Art. 33, l. n° 833/1978. Le principe avait été d'abord affirmé par la loi n° 180/1978, dite loi Basaglia, laquelle visait à rendre les traitements sanitaires obligatoires plus respectueux de la dignité de la personne, avec une particulière attention pour les malades mentaux.

¹⁶ Art. 6, l. n° 40/2004 ; art. 3, l. n° 219/2005. Pour les détails, v. A. LO CALZO, *Il consenso informato "alla luce della nuova normativa" tra diritto e dovere alla salute*, cit., 2, nota 3.

¹⁷ La question est réglée d'une façon de plus en plus libérale dans les successives versions : 1995, 2006 et 2014.

¹⁸ V. CALDERAI, *Consenso informato*, cit., 241.

¹⁹ Plus précisément : *Charte de Droits Fondamentaux de l'Union Européenne et Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*.

la Charte est sujette aux limites du champ d'application du droit de l'UE²⁰ et la Convention de Oviedo – qui, comme on verra, aura un certain poids dans la jurisprudence – n'est pas formellement efficace en Italie parce qu'elle a été signée mais pas ratifiée par notre État²¹. En conclusion, on peut voir que nous sommes en présence de beaucoup d'actes normatifs, mais rien n'est capable d'offrir une garantie organique au principe du consentement éclairé, parce qu'ils sont trop vagues, ou sectoriels, ou pas valables ou inapplicables dans le jugement concret pour des questions formelles. Face à tout cela, l'importance du juge de droit commun et de son œuvre d'interprétation devient donc centrale.

3.2 Le contenu du principe du consentement dans la jurisprudence de Cassation

On peut observer comment la jurisprudence « construit », d'une certaine façon, le contenu du consentement éclairé comme un droit autonome à l'autodétermination, différent du droit à la santé entendue comme intégrité physique²².

En particulier, le principe du consentement éclairé a deux faces ou – en d'autres termes – du même principe surgissent deux droits subjectifs, interdépendants mais avec un certain degré d'autonomie au niveau conceptuel et pratique : (a) le droit à l'information sur les tests ou les traitements que le patient va subir et (b) la liberté d'y consentir ou pas.

En effet, le droit à l'information subsiste même quand le patient n'a pas le droit de refuser le traitement – c'est-à-dire dans les cas de traitement sanitaire obligatoire – comme l'établit l'article 33 de la loi n° 833 de 1978 : « Les tests et les traitements sanitaires obligatoires ...doivent être accompagnés d'actions dirigées à assurer le consentement et la participation de l'obligé ».

La jurisprudence affirme que le devoir d'information du médecin « est fonctionnel à l'exercice conscient » de la liberté de choix thérapeutique du patient et donc qu'elle est violée quand il ne reçoit pas toutes les informations nécessaires pour comprendre – sur la base de ses compétences et de sa culture – « l'importance

²⁰ Art. 51, CDFUE.

²¹ S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007.

²² Ces deux droits sont néanmoins liés entre eux : le consentement « est coessentiel à l'exercice du droit à la santé, puisque son titulaire ne pourrait faire aucun choix conscient, s'il ne savait pas à quelles conséquences il s'exposerait en adoptant une thérapie plutôt qu'une autre » (Cass. civ., sez. III, sent. 27.03.2018, n° 7516).

de l'opération, les inévitables difficultés, les effets qu'il peut obtenir, les éventuels risques »²³.

Notre Cour Suprême a affirmé aussi que l'opération conduite sans ou contre le consentement du patient produit une violation de son droit et aussi un dommage (avec droit à la réparation pécuniaire), même quand l'opération est un succès et est résolutive de la pathologie. Selon la Cour, dans ce cas les dommages sont les suivants: lésion du droit à l'autodétermination, c'est-à-dire de refuser le traitement en assumant les conséquences ; lésion du droit à consentir au traitement de manière consciente et méditée ; lésion du droit à choisir un autre établissement de santé dans lequel être opéré ; lésion du droit à « s'habituer », en fonction des résultats acquis dans le temps de réflexion qui lui a été nié, à l'idée de devoir subir les interventions d'ablation effectuées et, par conséquent, d'y consentir »²⁴. On peut donc avoir un dommage à réparer – pour lésion du droit à l'autodétermination – même dans le cas d'une opération *réussie*, mais réalisée sans consentement.

Dans tous ces cas, la Cassation a lu les articles 2, 13 et 32 de la Constitution à la lumière de toutes les sources normatives que j'ai évoquées d'abord, y compris le code déontologique et la Convention de Oviedo, pour construire une normalisation spécifique de la matière dans le silence du législateur.

²³ Cass. civ., sent. 21.04.2016, n° 8035. Les explications doivent être délivrées de manière compréhensible au patient compte tenu de son niveau culturel : Cass. civ., sent. 28.02.2017, n° 5004 ; 04.02.2016, n° 2177. Pour les mêmes raisons, lorsque le patient a déjà des connaissances spécialisées sur la maladie, la jurisprudence ne reconnaît pas un droit à l'indemnisation en cas d'omission de l'information, parce qu'il n'y a pas de préjudice au droit à l'autodétermination : Cass. civ., sez. III, ord. 15.05.2018, n° 11749.

²⁴ Cass. civ., sent. 12.06.2015, n° 12205. Le même principe a été affirmé, par exemple, par les décisions suivantes : sent. 13.10.2017, n° 24074 ; sent. 28.06.2018, n° 17022. Au fil du temps, sur ce point se sont vérifiés des contrastes jurisprudentiels (v. M. CAPUTI, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*, in *Foro it.*, I, 2018, 2416 ss.), auxquels a mis fin la récente décision n° 28985 du 11 novembre 2019. La Cour a établi que le patient, pour obtenir l'indemnisation pour l'omission de l'information, doit prouver que – s'il avait été correctement informé – il aurait choisi de ne pas subir l'intervention et doit affirmer d'avoir subi des conséquences « en termes de souffrance subjective et de réduction de la liberté de disposer de soi, psychologiquement et physiquement ». Cette décision est actuellement le point de référence à propos du consentement éclairé : elle fait partie d'un groupe de dix jugements, tous datés 11.11.2019 (et pour cette raison dénommés décisions « du jour de San Martino »), avec lesquels la Cour de cassation a fait le point sur tous les aspects les plus délicats de la responsabilité médicale (l'indemnisation de la structure hospitalière envers le médecin, décision n° 28987 ; la charge de la preuve, décisions n° 28989, 28991, 28992, 28994 ; la quantification des dommages dans différentes situations, décisions n° 28986, 28988, 28993).

3.3 La construction par la jurisprudence du droit au refus des soins

Mais l'aspect le plus controversé à propos du principe du consentement a été et continue sans doute à être le cas dans lequel ce consentement *manque*, c'est-à-dire le cas du refus de soins, et particulièrement quand le refus de la thérapie entraîne nécessairement la mort du patient²⁵. Par exemple, on parle du refus des transfusions sanguines pour raisons religieuses (c'est le cas des Témoins de Jéhovah²⁶) ou de l'interruption de la nutrition, la ventilation ou l'hydratation artificielles par un patient qui vit grâce à elles. La décision la plus importante en la matière – et la seule qu'on va prendre en considération pour des raisons de temps – est sans doute celle relative au cas *Englaro*²⁷. En deux mots voici les faits d'une histoire très médiatisée : Eluana Englaro était une femme qui, suite à un grave accident de voiture, est restée pendant 17 ans dans un état végétatif en dépendant d'une sonde pour la nutrition artificielle. Son père – comme tuteur – a présenté un recours pour demander l'autorisation à l'interruption de la nutrition, sur la base du droit à refuser le traitement. Deux problèmes se posaient : si la nutrition artificielle pouvait être considérée comme un traitement sanitaire et pouvait être refusée et si ce choix – qui impliquait la mort de la patiente – pouvait être adopté par le représentant légal. La Cassation a abordé ces questions dans une décision très articulée, qui fait beaucoup de références au droit comparé et au droit international²⁸, reconnaissant une valeur particulière à la Convention d'Oviedo, à laquelle – bien que pas encore ratifiée – la Cour reconnaît « une fonction auxiliaire sur le plan interprétatif »²⁹.

Concrètement, le juge qualifie d'abord la nutrition artificielle comme *traitement sanitaire* et clarifie qu'elle ne peut en aucun cas être imposée au patient, son droit à l'autodétermination étant destiné à prévaloir. Il y a une phrase assez claire à ce

²⁵ V.U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018 ; L. GAUDINO, *L'ultima libertà. Scelte di fine vita: le questioni, le opinioni, il panorama internazionale e le prospettive italiane*, Udine, 2013.

²⁶ V. par exemple, Cass. civ., sez. III, 15.09.2008, n° 23676, commenté par G.E. POLIZZI, «È vietato mangiare sangue»: il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2112 ss.

²⁷ Cass. civ., sent. 16.10.2007, n° 21748. Sur cette décision v. D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giustizia civile*, 7-8, 2008, 1727B, et, en manière critique, F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio del principio della divisione dei poteri)*, in *Riv. dir. fam.*, 2008, 107 ss.

²⁸ L'utilisation de la comparaison dans les décisions juridictionnelles soulève problèmes théoriques complexes, sur lesquels v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

²⁹ F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 6, 2011, 4811 ss..

propos : « On doit exclure que le droit à l'autodétermination thérapeutique du patient soit limité quand cela entraîne le sacrifice du bien de la vie ». Quant au rôle du représentant la Cour affirme métaphoriquement qu'il ne doit pas décider « en lieu de » l'incapable mais « avec » l'incapable, c'est-à-dire sur la base de « la volonté présumée du patient inconscient, ... en tenant compte des souhaits qu'il a exprimés avant la perte de conscience ... sa volonté, son mode de vie, ses inclinations, ses valeurs de référence et ses convictions éthiques, religieuses, culturelles et philosophiques ». La décision et les événements qui l'ont suivie ont suscité un grand débat public et plusieurs projets de loi, mais ces derniers n'ont jamais été traduits en loi, avec la conséquence que pendant dix ans la décision *Englaro* a été le principal point de référence en la matière.

4. La loi n° 219 du 2017 sur le consentement éclairé

Comme anticipé, l'année dernière le Législateur est enfin intervenu approuvant la loi n° 219 du 2017. Il s'agit d'un texte normatif assez court : huit articles, dont seulement cinq de nature substantielle³⁰. Ci-dessous, nous allons faire un bref résumé du contenu de ces articles.

L'*article 1* discipline spécifiquement le consentement éclairé. On peut souligner en particulier la possibilité d'étendre le nombre des sujets impliqués dans la relation médicale selon la volonté du patient : pas seulement ce dernier et le médecin, mais aussi sa famille, l'autre partie de l'union civile, le concubin ou *une personne de confiance*. La disposition reconnaît ensuite explicitement le côté *informatif* du principe du consentement éclairé, établissant aussi le contenu de l'information : « diagnostic, pronostic, avantages et risques des test diagnostiques et des traitements sanitaires indiqués, les alternatives possibles et les conséquences

³⁰ M. RODOLFI, C. CASONATO, S. PENASA, *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, Milano, 2018; B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, 3, 2017; AA.VV., *Forum. La legge n. 219 del 2017. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2018; L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Riv. dir. fam.*, 1, 2018, 179 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2018; U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, 3, 2018; M. DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2018; R. FATTIBENE, *A chi spetta la "disponibilità della disponibilità della vita"? La disciplina del fine-vita come occasione di riflessione sulla partecipazione democratica nelle questioni biogiuridiche*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2018; A. ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. dir. fam.*, 4, 2018, 1508 ss.

d'un éventuel refus du traitement médical et diagnostic et de son interruption »³¹. Enfin, le point le plus controversé : la possibilité pour toute personne ayant la capacité d'agir de refuser les tests diagnostiques et les traitements sanitaires et de retirer à tout moment son consentement, quelles qu'en soient les conséquences (y comprise la mort du patient), « traitements » parmi lesquelles la loi inclut aussi la nutrition et l'hydratation artificielles³². Ce refus vise en même temps à exclure la responsabilité du médecin³³.

L'*article 2* interdit l'obstination déraisonnable (ou acharnement thérapeutique) dans les cas de pronostic négatif et de mort imminente et prescrit au médecin de soulager les souffrances du patient avec les méthodes autorisées par la loi³⁴.

L'*article 3* traite le thème très délicat du consentement éclairé du mineur et de l'incapable. En ces cas, le choix est exprimé par le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur avec la finalité de garantir la santé psychophysique et la vie de la personne ; mais on n'est pas du tout face à un choix *arbitraire* du représentant légal³⁵. Le même article dispose, d'un côté, de valoriser la capacité de compréhension et décision du mineur et de l'incapable, et, de l'autre côté, la compétence scientifique du médecin, qui peut demander l'intervention du juge s'il croit que la décision du représentant va contre l'intérêt de la personne. Ce sera sans doute l'autorité judiciaire qui devra avoir le dernier mot dans les cas plus complexes.

Les *articles 4 et 5* offrent enfin deux nouveaux instruments pour qui veut prendre en avance des décisions sur son propre futur, dans le cas où il se trouverait privé de la capacité d'autodétermination : ces instruments sont les *dispositions anticipées de traitement* et la *planification des soins*. Les premières sont une manifestation de volonté du sujet à propos des traitements sanitaires qu'il accepte de recevoir en cas d'incapacité d'exprimer sa volonté, et aussi une manifestation

³¹ Art. 1, comma 3.

³² Art. 1, comma 4. Autrefois, l'art. 5 cod. civ. avait été considéré un obstacle réglementaire à l'affirmation de ce principe, parce qu'il affirme : « Les actes de disposition de son propre corps sont interdits lorsqu'ils entraînent une diminution permanente de l'intégrité physique ou lorsqu'ils sont autrement contraires à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Cependant, ces doutes avaient été surmontés avec une interprétation constitutionnellement orientée de la disposition : v. L. D'AVACK, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2, 2008, 759 ss.;

³³ Art. 1, comma 5. Ce principe aussi avait déjà été affirmé par la jurisprudence : Cass. civ., 11 luglio 2002, n° 26446.

³⁴ La référence est à la loi du 15 mars 2010, n° 38 sur les soins palliatifs et la thérapie de la douleur.

³⁵ Selon A. ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., l'art. 3 trace un « itinéraire différent » pour garantir le même droit à l'autodétermination de l'incapable.

du consentement ou refus anticipés des test diagnostiques et des choix thérapeutiques ou traitements spécifiques ; elles comprennent aussi la possibilité de désigner une personne de confiance pour être représenté dans ces mêmes cas (art. 4)³⁶. La deuxième a été introduite pour faire face à la condition de patients affectés d'une pathologie chronique qui conduit à la mort : le patient et l'équipe médicale peuvent planifier en avance le développement de la thérapie et quand y renoncer, indications que l'équipe doit respecter dans le cas où le patient ne serait plus en condition d'exprimer sa volonté actuelle (art. 5)³⁷.

Pour conclure sur la loi n° 219 du 2017 on peut faire deux considérations générales. Au niveau formel, l'adoption de cette loi signe sans doute la fin du problème des sources normatives en la matière, constituant une source systématique et de nature primaire. En même temps, d'un point de vue substantiel, on peut dire que la loi a développé des principes qui étaient déjà présents dans la jurisprudence, en apportant en même temps une contribution significative avec la définition des formes et des instruments pour exercer les droits en question.

5. Le rôle de la Cour constitutionnelle

Ce cadre assez approfondi sur le consentement éclairé en général était nécessaire pour aborder ce même thème *dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne*. On ne va pas trouver dans les décisions de la Cour – il faut le préciser tout de suite – des dissertations articulées et détaillées sur le consentement éclairé, son objet, ses formes, ou sur les nombreux problèmes spécifiques qu'a dû résoudre

³⁶ Dans l'application de cet article se posent certains problèmes. D'abord, la rédaction des DAT est complexe, puisqu'il faut éviter : (a) d'une part, le risque d'écrire un texte vague, générique et imprécis, qui ne pourrait pas être considéré comme une volonté contraignante dans le cas concret, parce qu'elle ne serait pas exprimée connaissant toutes les informations nécessaires, et (b) d'autre part, le risque de la spécificité excessive, incompatible avec le rôle du médecin et avec son autonomie de décision sur le plan technique (L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 199). Deuxièmement, la doctrine a critiqué la « bureaucratism » excessive des DAT en raison des règles formelles prévues par le législateur (elles doivent obligatoirement être rédigées sous forme d'acte notarié, d'acte sous seing privé « authentifié » par un officier public, d'acte sous seing privé présenté personnellement au bureau d'état civil de la commune de résidence ou, si la Région a prévu cette faculté, aux établissements de santé) : M. DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita*, cit., 25 ss.

³⁷ La doctrine a critiqué la limitation de la planification des soins à l'hypothèse extrême envisagée par le législateur, considérant ce système applicable dans la plupart des cas : v. par exemple M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017 : la relazione medico paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2018, 21.

la Cour de Cassation. Pour évaluer le rôle de la Cour constitutionnelle une œuvre reconstructive est donc plutôt nécessaire, après laquelle on arrive à mon avis à la conclusion que son action s'est déroulée dans une double direction : (1) l'élaboration des bases théoriques du droit à l'autodétermination en matière de santé à travers l'interprétation constitutionnelle, (2) la référence dans ses décisions aux principes affirmés par la jurisprudence civile et le législateur, visant à renforcer la légitimité des options réputées les plus conformes à la Constitution et favorisant l'élaboration dans le débat politique de solutions respectueuses des droits fondamentaux. Pour mettre en évidence ces deux lignes, il faut à mon avis lire les décisions de la Cour constitutionnelle tenant constamment en arrière-plan la jurisprudence et la législation évoquées dans les paragraphes précédents.

5.1 Le droit à l'autodétermination

Quant au premier point, la première décision à citer est la n° 471 de 1990³⁸. Il s'agit d'une question de légitimité à propos de l'art. 696 du Code de Procédure Civile, qui ne prévoyait pas la possibilité de demander une expertise technique sur son propre corps. On ne parle donc pas de consentement, mais un point de la décision fait une affirmation très importante : l'inviolabilité de la personne prévue par l'art. 13 de la Constitution comporte une « "liberté", dans laquelle est postulée la sphère de déploiement du pouvoir de la personne à disposer de son propre corps ». On a donc la base du concept de l'inviolabilité de la personne comme autodétermination et cette décision est citée dans la jurisprudence de Cassation qui suit comme dans la décision *Englaro*. Il me semble que les décisions sur les traitements sanitaires obligatoires vont aussi dans ce sens, puisqu'elles posent une distinction assez nette entre la santé comme droit individuel et la santé comme intérêt de la collectivité. La formulation de l'art. 32 de la Constitution, qui parle de la santé comme « droit fondamental de l'individu et l'intérêt de la collectivité » pouvait au contraire ouvrir à une interprétation selon laquelle, la santé de la personne constituant un intérêt collectif, elle pouvait être sujette à un « devoir de soin »³⁹.

Au contraire, les décisions à propos des vaccinations obligatoires affirment que ces traitements sanitaires ne peuvent être imposés que s'ils ont pour objet « non seulement améliorer... l'état de santé de l'obligé, mais aussi préserver l'état de santé des autres, parce que c'est précisément ce but ultérieur - la santé comme intérêt de la collectivité - qui justifie la limitation de l'autodétermination de

³⁸ Sur laquelle, v. A. MUSUMECI, *Dal "potere" alla "libertà" di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1, 1991, 626 s.; R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello passivo*, in *Il Foro italiano*, 1, 1991, I, 15.

³⁹ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 38 ss.

l'individu inhérent au droit de chacun à la santé comme droit fondamental »⁴⁰. On a donc ici une position très claire : la santé individuelle est fondée sur l'autodétermination de l'individu, qui ne peut être limitée qu'en raison de la santé collective, entendue comme santé *des autres*. On voit clairement la perspective conceptuelle suivie par cette jurisprudence de Cassation, qui définit le consentement du patient comme *fondement* de la légitimité du traitement sanitaire, opposée à la logique qu'on appelle *paternalisme médical* dans laquelle « le patient est dans une position passive et subalterne »⁴¹.

Il y a aussi d'autres décisions qui sont intéressantes parce que – sans entrer dans le contenu du principe du consentement – elles contribuent à définir le rôle et les limites des pouvoirs publics face à la relation médecin-patient. Les références sont en particulier les décisions n° 282 du 2002 et n° 338 du 2003 – prononcées dans le contentieux État-Régions – qui déclarent inconstitutionnelles des lois régionales qui interdisaient l'électro-convulsivothérapie et certains types de lobotomie réputés dangereux pour les patients⁴². La Cour a déclaré ces lois

⁴⁰ Corte cost., sent. 14.06.1990, n° 307, sur laquelle v. F. GIARDINA, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e « responsabilità » dello Stato*, in *Giur. cost.*, 6, 1990, 1880 ss. Plus récemment, cet argument a été repris par la sent. 18.01.2018, n° 5 : M. TOMASI, *Lo stato dell'arte sugli obblighi vaccinali all'indomani della sentenza costituzionale n. 5 del 2018*, in *Studium iuris*, 7-8, 2018, 819 ss.; D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e forma di governo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018; V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, 1, 2018, 451 ss.; C. SALAZAR, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, 465 ss.; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta Online*, 1, 05.03.2018; C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12.04.2018; L. PEDULLA, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11.09.2018.

⁴¹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole del trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, 24 ottobre 2008, in <http://bioetica.governo.it/media/3436/5-rifiuto-e-rinuncia-consapevole-al-trattamento-sanitario-nella-relazione-paziente-medico.pdf>, 13.

⁴² Sur ces décisions, v. L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450 ss.; C. TUCCIARELLI, *La sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 2002, 2034 ss.; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione*

inconstitutionnelles parce qu'elles n'étaient pas fondées sur des données scientifiques qui démontraient les risques de ces thérapies mais seulement sur une option politique. Au contraire – affirme la Cour – le droit à être soigné et le droit au respect de la propre intégrité psychophysique (les deux protégées par l'art. 32 de la Constitution) imposent que – sauf s'il vient en considération d'autres droits ou devoirs constitutionnels – le législateur ne peut pas « établir quelles sont les pratiques thérapeutiques admises, et dans quelles limites et conditions. La pratique de l'art médical étant fondée sur des connaissances scientifiques et expérimentales en évolution continue, la règle fondamentale en la matière est l'autonomie et la responsabilité du médecin qui, *toujours avec le consentement du patient*, fait ses choix professionnels basés sur l'état des connaissances à sa disposition »⁴³. La Cour pose au centre du choix thérapeutique la relation médecin-patient, le premier agissant sur la base des connaissances scientifiques et le deuxième donnant son consentement, nécessaire pour intervenir sur sa personne⁴⁴.

On pourrait affirmer que, dans le système italien, on peut considérer physiologique le fait que, dans le silence du législateur, le juge de droit commun ait développé les principes que l'on vient de résumer, avec des décisions qui peuvent être définies comme *matériellement constitutionnelles*. C'est en particulier à la fin des années '90 que notre système de justice constitutionnelle, structurellement concentré, est devenu partiellement diffus, la Cour ayant demandé aux juges de droit commun de tenter toujours une *interprétation constitutionnellement orientée* avant de soulever la question devant la Cour⁴⁵. Ce discours abstrait s'est *concrétisé* après la décision *Englaro*, parce que les deux Chambres du Parlement ont soulevé un conflit devant la Cour constitutionnelle affirmant que la Cour de Cassation, avec cette décision, « avait exercé les

di competenze fra Stato e Regioni, in *Il Foro italiano*, 3, 2002, I, 406 ss.; E. CAVASINO, *I "vincoli" alla potestà legislativa regionale in materia di "tutela della salute" tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giur. cost.*, 5, 2002, 3282 ss.

⁴³ V. aussi Corte cost., sent. 01.04.2009, n° 151.

⁴⁴ En général, sur le rôle des connaissances scientifiques dans la jurisprudence constitutionnelle, v. C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016.

⁴⁵ P. COSTANZO, *Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità "diffusa" nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, 250 ss. En particulier, avec la décision n° 356 de 1996 la Cour a déclaré irrecevable une question de légitimité constitutionnelle pour défaut de tentative d'interprétation conforme à la Constitution par le juge qui l'avait soulevé. Sur cette technique, v. M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 08.01.2011; I. CIOLLI, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista AIC*, 1, 2012; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1, 2015.

attributions propres au pouvoir législatif, en tout cas interférant avec les prérogatives de ce même pouvoir ». En effet, la Cour constitutionnelle a déclaré les recours des Chambres absolument inadmissibles parce que la décision de la Cassation constituait un exercice du pouvoir judiciaire, avec l'application du droit au cas concret, tandis que le pouvoir d'établir une législation générale en la matière revenait au Parlement⁴⁶.

5.2 La Cour constitutionnelle en dialogue avec les autres pouvoirs à propos du consentement éclairé

Mais comme il a été dit précédemment, le rôle de la Cour n'a pas été seulement celui de poser les bases théoriques du droit à l'autodétermination, mais aussi d'intervenir *après* les interventions des juges et du législateur, pour renfoncer la légitimité des options qu'elle réputait les plus conformes à la Constitution. Pour expliquer cette idée on peut prendre l'exemple de la décision la plus importante de la Cour à propos du consentement éclairé, la n° 438 du 2008⁴⁷. On est dans ce cas également face au contentieux État-Régions : la Région Piémont avait approuvé une loi qui prévoyait le consentement des parents pour l'administration aux enfants et aux adolescents de médicaments psychotropes. La Cour saisit cette occasion pour faire un discours assez large sur le consentement éclairé, qui sera répété l'année suivante dans la décision n° 253 du 2009. Elle affirme que le consentement éclairé « est un vrai droit de la personne », fondé sur les articles 2, 13 et 32 de la Constitution, et sur les nombreuses sources internationales et internes que j'ai déjà énumérées plusieurs fois. La Cour ajoute d'autres considérations très importantes.

⁴⁶ Corte cost., ord. 08.10.2008, n° 334 : R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un taglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, e T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, entrambi in *Forum di Quaderni costituzionali*; C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul "caso Englaro" e la "cattiva battaglia" giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, in *Giur. it.*, 7, 2009, 1630 ss., G. GEMMA, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul "caso Eluana"*, in *Giur. cost.*, 5, 2008, 3723 ss.; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Il Foro italiano*, 2009, I, 49 ss.

⁴⁷ Sur laquelle, v. D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 6, 2008, 4970 ss.; C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. cost.*, 6, 2008, 4981 ss.; R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Rivista AIC*; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, e G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Elle dit que le consentement a une « fonction de synthèse entre deux droits fondamentaux de la personne : le droit à l'autodétermination et celui à la santé, parce que, s'il est vrai que chaque individu a le droit d'être soigné, il a aussi le droit à recevoir les informations opportunes sur la nature et les possibles développements du parcours thérapeutique auquel il peut être soumis, ainsi que les éventuelles thérapies alternatives; informations qui doivent être les plus complètes possible, précisément pour garantir le libre choix conscient du patient et, par conséquent, sa liberté personnelle, en conformité avec l'art. 32, alinéa 2, de la Constitution ». Cette décision a souvent été définie comme la consécration de la « nature constitutionnelle » du principe du consentement éclairé. En effet, dans cette décision on peut trouver beaucoup des éléments qui étaient déjà présents dans les décisions des juges communs des années précédentes : les sources juridiques pertinentes, le consentement comme expression du droit à l'autodétermination, l'importance de l'aspect « informatif » du principe. On n'a pas de choses nouvelles sur ces aspects. Il me semble qu'on peut apprécier pleinement la valeur de cette décision si on la lit dans le contexte juridique et politique : on est un an après la décision *Englaro* de la Cour de Cassation qui a généré une opposition politique très forte, et le Parlement est en train de débattre sur un projet de loi qui va dans le sens opposé.

Le juge constitutionnel tend donc – à mon avis – à affronter indirectement, dans le contexte d'un conflit de compétences État-Régions, le problème beaucoup plus controversé de l'interprétation à donner au principe du consentement éclairé, exprimant sa proximité avec les points de vue de la Cassation et *faisant entendre* au Législateur que son pouvoir discrétionnaire politique en ce domaine a des limites.

On peut faire des considérations similaires à propos de l'Ordonnance n° 207 du 2018 relative – pourrait-on dire – au « cas constitutionnel » de l'année, le cas *Cappato*⁴⁸. Un bref résumé du fait : Cappato est un homme politique du Parti

⁴⁸ A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 26.10.2018; S. PRISCO, *Il Caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, 153 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 03.12.2018; C.B. CEFFA, *Il diritto a morire con dignità: il "caso Cappato" davanti ai giudici della Corte costituzionale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2018, 697 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 01.12.2018. Sur ce cas a été organisé aussi un « Seminario preventivo », le 12 octobre 2018, à l'Université de Bologna (avec interventions de A. MORRONE, G. DI COSIMO, A. ARCURI, M. MOCCHEGIANI, I. PELLIZZONE, A. PUGIOTTO, F. RESCIGNO, P. VERONESI) : les actes sont disponibles dans *Forum di Quaderni costituzionali*.

Radical qui a aidé un homme de spectacle (connu comme DJ Fabo) – resté dépendant de la nutrition et de la ventilation artificielles suite à un accident de voiture – à rejoindre une clinique suisse où il a pu pratiquer le suicide assisté. Cappato a donc été incriminé pour le délit d'aide au suicide. La Cour d'Assise de Milan a soulevé une question de constitutionnalité sur l'art. 580 du Code pénal (*aide au suicide*) parce qu'il incrimine les actes d'aide au suicide qui n'aient pas contribué à déterminer ou renforcer les propos de la victime⁴⁹. La Cour constitutionnelle refuse de déclarer inconstitutionnelle l'aide au suicide tout court, le délit ayant pour but de protéger le droit à la vie des personnes plus faibles et vulnérables d'un choix extrême et irréparable, comme le suicide⁵⁰.

De cette situation générale, la Cour tient distincte une situation spécifique, celle d'une « personne (a) affectée d'une pathologie irréversible et (b) source de souffrances physiques ou psychologiques, laquelle est (c) maintenue en vie par des traitements de soutien vitaux, mais reste (d) capable de prendre des décisions libres et conscientes ». Pour ce cas, la Cour a adopté une décision qui, dans la forme, constitue une nouveauté pour la justice constitutionnelle italienne : une Ordonnance qui affirme que la règle actuelle est inconstitutionnelle mais fixe une nouvelle audience pour la décision finale un an plus tard, permettant au législateur d'intervenir avec une loi qui « régule le sujet en conformité avec les exigences constitutionnelles signalées », et que la doctrine a comparée à la « décision d'incompatibilité » (*Unvereinbarkeitserklärung*) qu'utilise le Tribunal Constitutionnel allemand (*Bundesverfassungsgericht*)⁵¹. Les points 8 et 9 du *considéré en droit* sont particulièrement intéressants du point de vue du consentement éclairé. Il y a un passage de la décision qui parle de la loi n° 219 du 2017 et qui est exemplaire dans sa volonté de « renforcer » dans le débat public les options qui ressemblent les plus conformes à la Constitution. L'Ordonnance dit que la législation « incorpore et développe substantiellement les conclusions auxquelles étaient déjà arrivée la jurisprudence ordinaire ... et les indications de

⁴⁹ L'ordonnance de la Cour d'assises de Milan, plus précisément, ne fait pas référence à l'art. 32 de la Constitution (droit à la santé), mais aux principes de liberté personnelle (art. 2 et 13 Const.), aux art. 2 et 8 de la CEDH en tant que dispositions internationales que le législateur doit respecter selon l'art. 117, comma 1, Const. (« dispositions interposées ») et aux principes en matière pénale (art. 3, 13, 25, comma 2, et 27, comma 3, de la Constitution). C'est donc la Cour constitutionnelle qui a évoqué pour la première fois l'art. 32 Const.

⁵⁰ Corte cost., ord. n° 207 del 2018, n° 6 cons.dir.

⁵¹ N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*. *Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 25.10.2018. En sens critique, A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 20.11.2018.

cette Cour [constitutionnelle] à propos de la valeur constitutionnelle du principe du consentement éclairé du patient au traitement sanitaire proposé par le médecin ».

Comme dans la décision n° 438 du 2008 la Cour parle *après* l'intervention d'un autre pouvoir en donnant une « valeur constitutionnelle » aux options qu'il a suivies. Cependant, cette fois on a quelque chose en plus : la nouvelle législation est prise comme paramètre pour construire autour d'elle un discours plus vaste, sur la nature ni raisonnable ni respectueuse du principe d'égalité (art. 3 de la Constitution) d'une interdiction absolue de l'aide au suicide. Sur la base de la nouvelle loi, en effet, le patient dans la condition qu'on a décrite aurait le droit de demander à ce qu'on le laisse mourir mais pas de demander l'administration d'une substance qui causerait le même effet, mais sans une agonie lente et – dans cette hypothèse – pas respectueuse de l'idée de dignité du patient. Voici le cœur du raisonnement de la Cour : « En effet, si l'importance cardinale de la valeur de la vie n'exclut pas l'obligation de respecter la décision du patient de mettre fin à son existence en interrompant les traitements de santé – même lorsque cela nécessite un comportement actif, ... tel que la déconnexion ou l'arrêt d'une machine, ... – il n'y a aucune raison pour laquelle la même valeur conduise à un obstacle absolu, avec une sanction pénale, à l'acceptation de la demande du patient à une aide qui lui évite un processus lent – opposé à sa propre idée d'une mort digne – qui suit l'interruption des traitements qui le maintiennent en vie ».

Toutefois, la Cour décide de laisser du temps au législateur pour intervenir sur la « délicate mise en balance » des droits concernés, par exemple disciplinant conditions et procédures pour le suicide assisté, pour protéger les personnes plus fragiles, ou le droit à l'objection de conscience pour les médecins⁵². La Cour semble donc favoriser un sérieux débat politique sur le thème, mais fixant certaines limites selon une logique de collaboration et dialogue entre Cour et Parlement⁵³.

Cependant, un an plus tard, face à l'inertie totale du législateur, la Cour a estimé que les « exigences d'une régulation » identifiées par l'ordonnance n° 207 de 2018 ne pouvaient plus être ignorées, affirmant que « la nécessité de garantir la légalité

⁵² Pour une analyse systématique sur le droit à l'objection de conscience et les questions qu'il soulève en Italie, v. F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014.

⁵³ Sur ce point v. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *www.diritticomparati.it*, 23.11.2018; M. PICCHI, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019.

constitutionnelle doit, en tout cas, prévaloir sur celle de laisser place à la discrétion du législateur pour la régulation intégrale en la matière, qui a la priorité ».

Avec l'arrêt n° 242 de 2019 la Cour a donc déclaré l'illégitimité du délit prévu par l'art. 580 du Code pénal (*aide au suicide*), mais exclusivement dans les cas spécifiques illustrés dans l'ordonnance de 2018, c'est à dire relativement aux sujets qui pouvaient déjà décider de « se laisser mourir », refusant les traitements conformément à la loi n° 219 de 2017. En addition à cela, la Cour a imposé des conditions « procédurales » pour la viabilité d'une telle solution, afin de protéger le patient. En premier lieu, elle demande une intervention du Service National de Santé, dans les formes déjà prévues par la loi n° 219 de 2017, pour vérifier la subsistance des conditions pour procéder au suicide assisté, et notamment l'autodétermination libre et informée du patient. Deuxièmement, la Cour a prévu l'intervention d'un sujet (administratif) tiers, doté de compétences adéquates, apte à traiter les problèmes complexes qui se posent dans ces cas : il s'agit des « Comités d'éthique » (*Comitati etici*), déjà prévus par la loi en tant qu'organes consultatifs à propos des problèmes de nature éthique qui surviennent dans la pratique médicale⁵⁴.

6. Conclusions

À la fin de ce parcours, il me semble qu'on peut tirer quelques conclusions. En premier lieu, sur le plan substantiel : une analyse comparée pointue a observé que – parmi les systèmes de « *western legal tradition* » comme le nôtre – il est difficile de trouver un système qui suive un modèle « radical », par exemple reconnaissant l'individu comme maître absolu de sa propre vie et son propre destin ou, au contraire, imposant dans tous les cas de poursuivre un traitement de soutien vital. On trouve plutôt des modèles « à *tendance restrictive* » et « à *tendance permissive* » : tous les deux reconnaissent à l'individu le droit de refuser les traitements sanitaires, même si du refus ou de l'interruption peut découler la mort ; le modèle à tendance permissive ouvre en plus la possibilité – dans des cas déterminés – du suicide assisté⁵⁵.

⁵⁴ Corte cost., sent. n° 242 del 2019, n° 5 cons.dir. Dans le point suivant, la Cour précise que l'aide au suicide ne peut être configurée comme une obligation du médecin et qu'il n'y a donc pas la nécessité de garantir un droit à l'objection de conscience concernant ce service. Un large débat s'est ouvert sur la décision, qui ne peut être pleinement expliqué ici. Pour une liste des contributions à ce propos, v. le lien internet suivant : <http://www.giurcost.org/decisioni/2019/0242s-19.html>.

⁵⁵ C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in www.cortecostituzionale.it; G. GLAIMO, *Riflessioni comparatistiche a margine delle scelte in tema di trattamento sanitario*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2018, 1203 ss.

On peut dire qu'au cours des trente dernières années notre système est en train de vivre une transition d'un modèle quasiment totalement restrictif à un modèle à tendance permissive⁵⁶.

En deuxième lieu, du point de vue du rôle des juges, ordinaires et constitutionnel, et du législateur on voit des *filles rouges* assez évidents.

On peut affirmer que, dans le système italien, la règle du consentement éclairé a été construite par la jurisprudence de droit commun sans une loi organique de référence. Cette construction a eu lieu à la lumière du principe du droit à l'autodétermination individuelle, qui avait été affirmé par la Cour constitutionnelle sur la base des articles 2, 13 et 32 de la Constitution. Cependant, ce sont les juges ordinaires qui ont été appelés à définir beaucoup des aspects concrets de la discipline, faisant face aussi à des cas très complexes et médiatisés comme *Welby* ou *Englaro* ; enfin, le législateur est intervenu avec la loi n° 219 du 2017, qui en grande partie est basée sur les acquisitions de la jurisprudence.

Ces actes des pouvoirs judiciaire et législatif ont été suivis, en 2008 et en 2018-2019, par des décisions de la Cour constitutionnelle qui – en se référant expressément à eux – reconnaissent la valeur constitutionnelle des principes qu'ils affirmaient, en posant en même temps les bases pour l'action ultérieure du législateur, ou, comme dans la décision n° 242 de 2019, en utilisant ces principes comme point de référence pour une décision d'élargissement du droit à l'autodétermination individuelle.

⁵⁶ Il paraît intéressant de signaler que la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a prononcé une décision sur le même sujet le 26 février 2020 (2 BvR 2347/15 - 2 BvR 651/16 - 2 BvR 1261/16 - 2 BvR 1593/16 - 2 BvR 2354/16 - 2 BvR 2527/16), par laquelle elle a annulé le paragraphe 217 du code pénal (*Strafgesetzbuch - StGB*) qui interdisait les services d'assistance au suicide. L'arrêt est donc encore plus net que celui de la Cour constitutionnelle italienne, même s'il n'empêche pas le législateur de réglementer le suicide assisté dans le respect du droit à l'autodétermination.