

La QPC améliore-t-elle la protection des droits fondamentaux ?

La QPC (...) constitue la principale avancée des droits et libertés dans notre pays depuis l'abolition de la peine de mort il y a trente ans » (Discours de J-L Debré à Nantes au Conseil national des barreaux, le 21 Octobre 2011).

D'après l'article 61-1 de la Constitution, « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, qui se prononce dans un délai déterminé ».

Si en 1958, il n'était « ni dans l'esprit du régime parlementaire ni dans la tradition française de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi » (M.Debré « Discours devant le CE »), la logique de l'Etat de droit, impliquant la mise à disposition des citoyens de mécanismes juridictionnels aptes à protéger efficacement leurs droits et libertés, en a décidé autrement.

Il fallut être patient et après deux échecs (1990 et 1993) remettre l'ouvrage sur le métier. La troisième tentative (loi constitutionnelle du 23 juillet 2008) fut la bonne car les esprits étaient mûrs. La désacralisation de la loi (amplifiée par le développement du contrôle de conventionnalité) répondait en écho à l'insatisfaction d'une situation où la Constitution, supposée être au sommet de la hiérarchie des normes en droit interne, était délaissée par les justiciables et leurs avocats au profit de normes internationales plus facilement invocables devant les juridictions ordinaires.

La Question prioritaire de constitutionnalité par son mécanisme novateur (I) permet une meilleure protection des droits fondamentaux (II)

I – les conditions de mises en œuvre de la QPC

A – Une question qualifiée de « prioritaire »

La question est qualifiée de « prioritaire » par la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Cela signifie que lorsqu'elle est posée devant une juridiction de première instance ou une cour d'appel, la question doit être examinée sans délai avant toute autre.

La juridiction à laquelle est adressée la question doit examiner la question de la constitutionnalité avant d'examiner toute interrogation relative à la conventionnalité des dispositions législatives (Art. 23-2 de la loi organique du 7 Novembre 1958 Modifié).

B – Les critères de la transmission de la QPC

II – les progrès dans la protection des droits et libertés

A – Un champ de protection des libertés élargi

Le Conseil constitutionnel a eu à connaître des régimes juridiques de privation de liberté, celui de la GAV et celui de l'hospitalisation sans consentement.

Dans sa décision QPC du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel décide que le régime légal de la GAV était conforme à la Constitution en ce qu'il limitait l'intervention d'un avocat dans les GAV relatives à certaines infractions relevant du crime organisé, et contraire à la Constitution en ce qu'il ne prévoyait pas l'intervention d'un avocat dès le début de la mesure dans les autres cas.

De très nombreuses QPC ont été rendues en matière de droit pénal ou de procédure pénale. De nombreux progrès ont été réalisés :

- le pouvoir en cassation de la partie civile
- l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires de GAV et des confrontations des personnes mises en cause en matière criminelle
- la désignation de l'avocat dans le cadre d'une GAV en matière de terrorisme : le Conseil constitutionnel censure l'article 706-88-2 du CPP qui limitait la liberté de choix du gardé à vue en matière de terrorisme en prévoyant une liste d'avocats habilités à intervenir et parmi lesquels un magistrat aurait pu choisir un défenseur à la place de la personne mise en cause.

Toutes ces décisions d'annulation ou de réserve ont visé à faire respecter les principes constitutionnels qui encadrent le droit pénal et la procédure pénale :

- la légalité des délits et des peines
- la compétence de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelle
- les droits de la défense
- la procédure juste et équitable
- la nécessité de l'individualisation des peines
- le droit à un recours juridictionnel effectif

Toutes ces décisions QPC en matière pénale et de procédure pénale marquent un formidable progrès des droits et libertés dans notre pays. Elles soulignent la force de la protection constitutionnelle de ces droits qui conduit à la disparition erga omnes de la norme censurée.

B – Un succès non démenti

La QPC est devenue une réalité contentieuse dont le succès ne s'est toujours pas démenti. Ainsi, le nombre de 114 décisions QPC rendues par le Conseil Constitutionnel en 2011 est-il supérieur à celui des requêtes concernant la France et déclarées recevables par la CEDH (25).

Au 1^{er} Janvier 2016, on recense 450 décisions QPC alors que seulement 722 décisions DC ont été rendues depuis 1958 (contrôle à priori incluant aussi le contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires) ; C'est dire le succès de la QPC qui absorbe désormais les $\frac{3}{4}$ des activités du Conseil !

3 – Le droit de grève dans la fonction publique vous semble-t-il légitime ?

De manière générale, le droit de grève se définit comme la liberté individuelle de cesser le travail qui s'exerce de manière collective et concertée en vue d'appuyer des revendications professionnelles.

Le droit de grève fait l'objet d'une protection spéciale en droit interne : L 2511-1 et s. C.T

En droit pénal, l'article 431-1 du Code pénal sanctionne « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Certaines conventions internationales protègent la grève de manière autonome : La Cour de Justice lui a reconnu le rang de « droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire ».

Pourtant, historiquement, la grève a longtemps été prohibée. La loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 condamnait les coalitions patronales et ouvrières. Le délit a été abrogé par la loi du 25 mai 1864.

Aux termes de l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946, le droit de grève est qualifié de droit social « particulièrement nécessaire à notre temps ». De plus, le droit de grève « s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent ».

Bien que le droit de grève soit un principe de valeur constitutionnelle, il a des limites qui concernent principalement les services publics.

Ainsi, les caractéristiques du droit de grève propres à la fonction publiques (I) permettent d'appréhender plus facilement sa légitimité (II)

I – les caractéristiques du droit de grève dans la fonction publique

A – les dispositions particulières au service public

Art. L 2512-1 CT : les dispositions du présent chapitre s'appliquent :

- Aux personnes de l'Etat, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants.
- Aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public.

Art. L 2512-2 : lorsque les personnels mentionnés à l'article L 2512-1 exercent le droit de grève, la cessation concertée du travail est précédée d'un préavis.

Le préavis émane d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé. Il précise les motifs du recours à la grève.

Le préavis doit parvenir 5 jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé. Il mentionne le champ géographique et l'heure du début ainsi que la durée limitée ou non, de la grève envisagée.

Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier.

Art. L 2512-3 al 2 : « Sont interdits les arrêts de travail affectant par échelonnement successif ou par roulement concerté les divers secteurs ou catégories professionnelles d'un même établissement ou service ou les différents établissements ou services d'une même entreprise ou d'un même organisme ».

Deux procédés sont visés :

- celui qui consiste à faire grève par catégorie professionnelle dans un même établissement : par exemple à la SNCF les conducteurs, puis les aiguilleurs, puis les chefs de train.
- Celui qui consiste à faire cesser le travail successivement dans les divers secteurs : ainsi à la RATP, grève de la ligne 1, puis de la ligne 2..

B – la légitimité passant par le respect du principe de continuité des services publics

Le principe de continuité des services publics est un PPNANT (un Principe Particulièrement Nécessaire à Notre Temps). Le législateur est habilité à limiter le droit de grève afin d'opérer une conciliation entre la défense des intérêts personnels dont la grève est un moyen et la sauvegarde de l'intérêt général comme le principe de continuité des services publics.

Les limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays. (Cons. Consti, 25 juillet 1979)

Le Législateur, peut mettre en place un nouveau service public tel que le service public d'accueil des enfants dans les écoles par la création d'un droit à l'accueil des enfants dans les écoles maternelles ou élémentaires publiques ou privées sous contrat, qui est distinct du service public de l'enseignement. Le législateur peut donc limiter le droit de grève des personnels enseignants afin d'en assurer la continuité.

Ex : des grèves des éboueurs à Paris : Anne. Hidalgo a du faire appel à une entreprise privée.

II – l'appréciation de la légitimité du droit de grève dans la fonction publique

A – les illustrations de la mise en œuvre du principe de continuité

- **encadrement des réquisitions** : l'Etat est en droit de prendre des mesures de réquisition afin de prévaloir l'intérêt général.

Deux procédures sont admises, l'une à l'initiative du Gouvernement, la seconde sur décision du préfet.

Un pouvoir de réquisition civile, non limité aux services publics et pouvant donc affecter des grévistes d'une entreprise privée est reconnue au Gouvernement par une loi du 11 juillet 1938 .

- **Instauration d'un service minimum** : l'autre limitation de la grève dans les services publics concerne l'instauration d'un service minimum afin de garantir le principe à valeur constitutionnelle de « continuité du service public », dont le respect s'impose sous peine de sanction.

Un service minimum peut être instauré soit par l'autorité administrative compétente, soit directement par la loi. Lorsque l'autorité administrative compétente décide de mettre en place un service minimum, les décisions de cette autorité ne doivent pas porter atteinte au droit de grève non justifiée par les nécessités du bon fonctionnement des services publics.

B – la nécessité d'un contrôle de légitimité et de proportionnalité.

L'acte instituant un service minimum doit subir un contrôle de légitimité et de proportionnalité :

L'acte pris doit se révéler nécessaire eu égard aux services pour lesquels la continuité est indispensable. Les raisons peuvent être multiples :

- raisons de sécurité : ex : le SP de la distribution de l'électricité
- raisons de santé : ex : établissements de soins
- raisons d'intérêt national : le fonctionnement des services de la surveillance de la direction générale des douanes et droits indirects doit assurer de manière continue afin de ne pas compromettre l'action gouvernementale et à porter une atteinte grave à l'ordre public ou au respect de certains engagements internationaux
- raisons financières ou économiques

Les modalités prévues par l'acte réglementaire doivent être proportionnées au but à atteindre. Ainsi, le personnel qui doit assurer la continuité du service public doit être nécessaire au service public.

4 – l'euthanasie en droit français

La question de l'euthanasie est aussi ancienne que la pratique de la médecine elle-même. L'origine du mot en est en elle seule une illustration, puisque dans le sens initial du terme, il s'agit d'une bonne mort donc d'une mort calme et exempt de souffrance du sujet, survenue naturellement, grâce à l'emploi de substances calmantes et stupéfiantes.

Dans le sens commun le plus courant, il s'agit de la mort procurée au malade dans le but d'abrégé ses souffrances.

Le droit, par principe, protège la vie et s'il n'évoque la reconnaissance de la mort, ce n'est essentiellement que pour en déterminer les critères.

Il n'existe pas plus de consensus mondial sur l'euthanasie au plan médical qu'en droit. Aux Etats-Unis, l'euthanasie est illégale dans tous les Etats. En Grande-Bretagne, en l'absence

Ainsi, le droit français, bien qu'il refuse de reconnaître un droit à la mort (I), préfère prendre des dispositions législatives en optant pour la voie d'un encadrement de la fin de vie (II)

I- le refus d'une reconnaissance d'un droit à la mort

A – l'euthanasie, une qualification infractionnelle

En effet, quelle qu'en soit la manifestation, tout acte ayant provoqué la mort d'une personne relève d'une qualification infractionnelle pour laquelle le consentement de la victime ne peut constituer, en aucune manière, un fait justificatif.

Cela porte avant tout sur tout acte qui relèverait de ce que certains nomment une « euthanasie active ». À savoir un geste positif tel que l'arrêt de machine ou une injection létale

Un tel acte sera au minimum qualifié d'homicide simple (Art. 221-1 C.Pén) ou d'assassinat (Art. 221-5 C.Pén), voire, le cas échéant, d'empoisonnement (Art. 221-3 C.Pén).

Ainsi, le médecin qui pratique l'injection d'une dose de chlorure de potassium destinée à provoquer immédiatement la mort commet une faute pénale dont l'intention criminelle demeure, même si la victime y a consenti et peut même apparaître come un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Con. EDH.

Au delà, la qualification pénale serait tout autant applicable à toute forme dite « passive » d'euthanasie. A ce titre, le fait d'arrêter brutalement un acte médical pourrait apparaître comme d'une omission délictueuse, au sens de l'article 226-3

du Code pénal, voire plus spécifiquement en violation du devoir médical de porter secours à autrui selon l'article R 4127-9 du Code de la santé publique.

B – une demande sociale pressante en faveur de l'euthanasie

A ce jour, il n'existe pas d'exception d'euthanasie. Malgré une demande sociale faisant suite à des affaires médiatisées (donnant parfois lieu à un refus de poursuites pénales, tel le non-lieu rendu le 27 février 2006 dans l'affaire Vincent Humbert), le droit positif français n'offre pas de cadre dépénalisé et les causes d'irresponsabilités objectives existantes, telles que l'état de nécessité ou le consentement de la victime, ne sauraient pleinement justifier aucun acte médical visant à mettre fin à la vie d'une personne à sa demande.

Vincent Lambert est devenu, malgré lui, le symbole du débat sur la fin de vie. A l'issue de la procédure de consultation prévue par la loi dite Leonetti relative aux droits des malades et à la fin de vie, le médecin en charge de V.Lambert décide, le 11 janvier 2014, de mettre fin à l'alimentation et à l'hydratation du patient à compter du 13 janvier suivant. A l'issue d'une procédure durant laquelle l'exécution de la décision du médecin avait été suspendue, le CE, statuant au vu des résultats d'une expertise médicale, juge légale la décision prise le 11 janvier 2014 par le médecin en charge de V.Lambert de mettre fin à son alimentation et hydratation artificielles.

Les parents de V.Lambert saisissent la CourEDH d'une requête en urgence. La CEDH a cependant confirmé la décision du Conseil d'Etat.

Le 16 juin 2016, la CAA de Nancy avait enjoint le CHU de Reims de reprendre la réflexion sur l'arrêt des traitements de V.Lambert. Trois mois après cette décision, constatant que l'hôpital n'avait toujours pas repris la réflexion sur l'arrêt des traitements, François Lambert, le neveu, a demandé à la CAA de Nancy, l'exécution de cette décision. La CAA a fait le choix de transmettre la demande au CE fin septembre. Affaire à suivre..

Ex : Affaire Jean Mercier

II – les nécessaires adaptation du droit français concernant l'euthanasie.

A – l'affirmation du refus de soin

Le texte préparatoire de la loi du 4 mars 2002 évoquait l'idée du « droit à une mort digne » , formule jugée trop audacieuse. Le texte final, énoncé dans les dispositions de l'article L 1110-5 al 5 du Code de la santé publique, affirme finalement que « les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort ».

C'est avant tout par le refus de soins que se manifeste l'idée d'un droit au respect de la dignité de la personne, comme premier élément dont peut se prévaloir celui est en fin de vie.

Déjà, la loi du 4 mars 2002 posait dans les dispositions initiales de l'article L 1111-4 du Code de la santé publique, le principe d'une codécision à l'acte médical. Le texte énonce l'idée selon laquelle l'acte médical n'est plus imposé par le professionnel de santé au regard de ses compétences et de ses constatations, mais relève de la manifestation de volonté de « toute personne, prenant avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ».

Le patient est, au vu de ce texte, seul décisionnaire à l'acte médical et peut même refuser les traitements proposés par le médecin, qui n'a alors d'autre possibilité que de « respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix ». Le patient se voit donc titulaire du droit de refuser les actes médicaux, à l'exception de ceux que l'article L 1111-4 du Code de la santé publique présente comme « les plus indispensables », que le médecin .

B – La consécration du droit à ne plus recevoir de soins comme palliatif à l'interdiction de l'euthanasie.

La loi du 22 avril 2005 a dû trouver un équilibre entre la position des juges, qui prône le respect de la survie de l'individu quand cela est possible, et la nécessité de réaffirmer la prérogative de pouvoir refuser les actes de santé, applicable spécifiquement pour la personne en fin de vie.

L'apport de la loi du 22 avril 2005 ne se résume pour autant pas à la seule réaffirmation du droit de pouvoir renoncer à un protocole médicale. La grande ambition de la loi fut également de pouvoir assurer le respect de sa dignité à la personne et, selon les dispositions déontologiques de l'article R 4127-38 du Code de la santé publique, de lui garantir « la qualité d'une vie qui prend fin ».

Aussi la loi condamne-t-elle toute forme d'acharnement thérapeutique, terme assez paradoxal auquel la loi préfère celui d' « obstination déraisonnable ». Plus encore que le respect de la volonté de la personne d'arrêter les traitements, il s'agit ici de consacrer le droit à ne plus recevoir de soins de nature curative.

L'apport majeur de la loi du 22 avril 2005 réside en ce que le texte offre la possibilité au médecin qui constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, de pouvoir recourir à un soin palliatif « qui peut avoir pour effet secondaire d'abrèger sa vie » (L 1110-5 dernier alinéa). Il s'agit là de la mesure la plus marquante de la loi, puisqu'elle offre la possibilité de recourir à un traitement ou un soin, dont on sait qu'il provoquera **indirectement** le décès de la personne. Pour autant, il ne faut pas y voir une dépénalisation d'une forme passive d'euthanasie.

Sans entrer dans un débat complexe, relevons qu'au plan pénal, cette administration de soins palliatifs pourrait certes constituer matériellement un acte d'homicide. Mais pour autant, elle se heurte à l'absence de mobile, puisque l'intention liée à cet acte est la volonté de soulager la douleur et non de tuer.

Le Parlement a définitivement adopté mercredi 27 Janvier 2016 une proposition accordant de nouveaux droits aux personnes en fin de vie, plus de 10 ans après la loi Leonetti de 2005.

Les sénateurs se sont définitivement prononcés en faveur d'un texte instaurant un droit à la « sédation profonde et continue » jusqu'au décès pour les malades en phase terminale, ainsi que des directives anticipées contraignantes. Le texte n'autorise ni l'euthanasie ni le suicide assisté.

Concrètement, la nouvelle loi va mettre en place ce que M. Leonetti appelle un « droit de dormir avant de mourir pour ne pas souffrir ».

Désormais, un médecin ne pourra pas s'opposer à une demande de sédation profonde et continue de la part d'un patient atteint d'une « affection grave et incurable », dont le « pronostic vital est engagé à court terme » et qui présente une « souffrance réfractaire aux traitements ». Ou lorsque sa « décision d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable ».

Cette sédation, qui devra être accompagnée d'un arrêt de tous les traitements, y compris de l'alimentation et de l'hydratation artificielles, a concentré depuis un ans les critiques des pro-euthanasie et des pro-vie.

L'Association pour le droit de mourir dans la dignité a regretté que le nouveau texte, « fruit d'un consensus mou », propose « pour seule issue la déshydratation et la dénutrition ».

Les directives anticipées, par lesquelles il est possible de faire connaître son refus d'un acharnement thérapeutique, jusque-là simplement indicatives, s'imposeront désormais au médecin, sans être toutefois opposables.

Le soignant pourra en effet y déroger « en cas d'urgence vitale pendant le temps nécessaire à une évaluation complète de la situation » et lorsqu'elles « apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale ». Ce refus devra être pris à l'issue d'une procédure collégiale et figurer noir sur blanc dans le dossier médical du patient.

5 – la liberté de soi-même sur son corps.

L'article 16 du Code civil dispose que «la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

Saisi par des parlementaires et le président de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel a reconnu, en se fondant sur le préambule de la Constitution de 1946 que «la sauvegarde de la dignité de la personne humaine » était un principe constitutionnel, la dignité de la personne humaine étant le « principe matriciel » d'où découlent, entre autres, les règles protectrices du corps humaine. (Cons.Consti, 27.07.1994).

De nombreux textes internationaux consacrent le respect dû au corps humain notamment la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui consacre notamment le droit à l'intégrité de la personne (Art. 3).

Les droits de tout individu sur son propre corps sont érigés en droits subjectifs : « chacun a droit au respect de son propre corps » (C.Civ Art. 16-1 al 1^{er}). Ce texte, calqué sur l'article 9 du Code civil reconnaissant le droit au respect de la vie privée, est complété par l'article 16-2 du Code civil qui octroie d'importantes prérogatives au juge autorisé à « prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort ».

Les conflits entre liberté individuelle et dignité humaine ne produisent cependant pas toujours les même effets. Bien que le principe soit celui du respect de son corps (I), des dérogations à ce principe existent au nom de la liberté individuelle (II)

I – Le principe du respect de son corps

Le principe du respect de son corps passe par l'inviolabilité du corps humain (A) et par le principe d'indisponibilité du corps humain (B)

A – le principe d'inviolabilité du corps humain

Fondant depuis longtemps de nombreuses solutions de droit positif, le principe d'inviolabilité a été expressément consacré en tant que tel par la loi du 29 juillet 1994 dans l'article 16-1 al 2 du C.Civ : « le corps humain est inviolable ». Le législateur a élargi le domaine de la protection, l'article 16-4 du C.Civ disposant que « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine » (al 1), précisant que « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdites » (al 2.) et que « sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune

transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne (al 4.).

L'objectif est de protéger l'espèce humaine contre les manipulations génétiques, en particulier les pratiques eugéniques, rendues aujourd'hui possibles par les progrès de la médecine.

Les atteintes au corps humain constituent une infraction pénale.

Une personne peut refuser d'être soumise à un examen médical au cours d'un procès civil. Une victime peut refuser de suivre un traitement médical ou de se soumettre à une opération qui diminuerait l'indemnité due par l'auteur du dommage.

L'atteinte à l'intégrité du corps humaine ne disparaît pas avec le consentement de la victime. L'interdiction des actes portant atteinte à son intégrité physique rejoignant le principe du droit pénal selon lequel le consentement de la victime ne supprime pas l'infraction.

B – l'indisponibilité du corps humain

L'indisponibilité du corps humain signifie que le corps humain ne peut faire l'objet de convention : le corps humain est hors du commerce juridique.

Le principe de l'indisponibilité du corps humain a été forgé par les tribunaux en s'appuyant sur plusieurs textes du droit des obligations :

- Art. 6 du Code civil disposant qu'« on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».
- Art. 1131 et 1133 anciens du Code civil prévoyant la nullité de la convention fondée sur une cause illicite
- Art. 1128 ancien du Code civil disposant que l'objet doit être licite

L'indisponibilité du corps humain apparaît ainsi comme une limite à la liberté fondamentale de disposer de soi-même ou à la liberté contractuelle.

1 – interdiction de l'aliénation totale du corps

Les applications sont nombreuses. La convention par laquelle une personne se donnerait en esclavage est incontestablement nulle.

2 – interdiction de l'aliénation d'un organe, d'un produit ou d'un élément du corps

II – les dérogations au principe au nom de la liberté individuelle

A – la liberté de ne pas donner la vie

1 – la prévention

- Contraception
- Stérilisation :

Depuis la loi du 4 juillet 2001, la stérilisation volontaire des majeurs est légalisée (ligature des trompes ou des canaux déférents). Partant, l'article L 2123-1 du CSP permet à certaines conditions cette possibilité. La loi de 2001 prévoit également que la stérilisation peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié un placement sous tutelle ou sous curatelle.

Cette stérilisation est sévèrement encadrée : exclue pour les mineurs, n'est possible que s'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception classique ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Elle suppose une décision du juge des tutelles (L 2123-2).

2 – l'avortement

L'IVG a d'abord été reconnue à certaines conditions pour une période expérimentale de 5 ans par la loi du 17 janvier 1975, dite « loi Veil », puis confirmée, sans limitation de durée, par la loi du 31 décembre 1979, dite « Loi Pelletier ».

Le Conseil constitutionnel juge la loi Veil conforme à la Constitution (CC, 15 janvier 1975, IVG) et le CE en fait de même eu égard à l'article 2 de la ConvEDH et à l'article 6 du Pacte des Nations-Unies garantissant le droit de toute personne à la vie.

La loi du 27 janvier 1993, dite « Loi NERTZ » a même proclamé un véritable droit des femmes à l'avortement et la loi du 4 juillet 2001 a passé le délai de 10 à 12 semaines de grossesse.

B – des dérogations de plus en plus nombreuses

Depuis toujours certains produits du corps humain peuvent faire l'objet de conventions, possibilité aujourd'hui consacrée par le législateur dans l'article L 1211-8 du Code de la santé publique

Mais les dérogations à l'indisponibilité du corps humain ont été multipliées par des lois récentes, manifestations d'un phénomène plus large de recul du sacré sous la pression des progrès de la science et du mercantilisme.

Ces dérogations apportées au principe d'indisponibilité du corps humain sont enfermées dans des conditions strictes :

- un consentement renforcé : le consentement préalable du donneur est une condition indispensable à toute prélèvement d'organe, d'élément ou de produit du corps humain.

Ce consentement est toujours librement révocable (Art. L 1211-2 CSP pour les éléments et produits du corps humain et Art. L 1231-1 pour les dons d'organes).

Le prélèvement d'organes sur une personne décédée « peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement » (CSP Art. 1232-1 al 2).

- un intérêt médical :

La volonté du législateur est de ne permettre une atteinte à l'indisponibilité du corps humain que si elle est justifiée par un intérêt thérapeutique ou scientifique : le don d'un organe, élément ou produit du corps doit être justifié par l'intérêt du receveur, voire l'intérêt général.

- la gratuité :

La gratuité repose incontestablement sur de bons sentiments, décourageant toute volonté de profit sur le corps humain, et éviter l'apparition de « donneurs » professionnels, d'un marché des organes humains.

- l'anonymat :

Art. 18 C.Civ repris par l'article L 1211-5 du CSP pour les dons d'organes et produits du corps humain : « le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur » et « Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée ».

6 – Faut-il autoriser les « mères porteuses »

Parce que les techniques médicales ont sensiblement progressé, le droit encadre désormais la conception de l'embryon.

La conception de l'embryon n'est plus seulement naturelle : elle peut être le fruit d'un processus médical mais tous les modes ne sont pas autorisés.

Au titre des techniques autorisées, les importantes lois du 29 juillet 1994 ont permis d'organiser l'assistance médicale à la procréation. La loi du 6 août 2004 a assoupli le recours à l'AMP. Cette dernière loi a fait l'objet d'une révision par la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

L'article L 2141-1 du CSP vise plusieurs techniques :

- la conception in vivo qui consiste à inséminer artificiellement l'utérus de la femme avec les spermatozoïdes de son conjoint, partenaire, concubin ou d'un tiers.
- La conception in vitro qui consiste à féconder, en laboratoire, un ovule avec des spermatozoïdes, puis à réimplanter dans l'utérus de la femme.

La nouvelle loi autorise la vitrification ovocytaire, c'est-à-dire, la congélation des ovocytes.

Il convient de signaler que le recours à l'AMP ne peut pas être sollicité par n'importe qui. Parce qu'il y a derrière en jeu la création d'un lien de filiation avec l'enfant, le législateur met en œuvre des critères que doivent remplir les bénéficiaires de cette assistance :

- l'assistance médicale ne peut être demandée que par un couple (ce qui exclut les célibataires et les couples séparés), composé d'un homme et d'une femme (ce qui exclut les couples homosexuels). En revanche, l'assistance est ouverte indifféremment aux couples mariés ou non mariés.
- Les membres du couple doivent être en âge de procréer
- Ce couple doit donner un consentement éclairé et qui doit être maintenu jusqu'à l'assistance médicale effectivement apportée.

A côté de ces techniques autorisées, existent des techniques éthiquement contestables et aujourd'hui interdites (I). Cette interdiction est cependant aujourd'hui remise en cause (II)

I – le rappel de l'interdiction par la loi de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui

A – une solution fondée sur l'indisponibilité du corps humain

L'article 16-7 du Code civil, issu des lois de 1994, annule « toute convention portant sur la procréation ou la GPA ». Ce faisant, le législateur a repris la solution posée par l'Assemblée plénière du 31 mai 1991, qui a interdit la technique des maternités de substitutions ou des « mères porteuses » au nom du

principe de l'indisponibilité du corps humains et de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Si la première renvoie directement au principe de dignité humaine, « l'état des personnes » désigne l'état civil des individus, qui regroupe les différents éléments de son identité.

Ainsi, est interdite en droit français la pratique qui consiste à obtenir d'une femme, gratuitement ou moyennant rémunération, qu'elle conçoive et porte un enfant pour une autre, en s'engageant à l'abandonner à la naissance pour permettre au couple receveur de faire établir un lien de filiation.

Cette nullité d'ordre public, empêche donc la convention de mère porteuse de produire des effets de droit sur le sol français

B – la conséquence : le refus de transposition des actes de naissance d'enfants issus de GPA

De ce fait est interdite la transposition de l'acte d'état civil de l'enfant né d'une GPA à l'étranger, le privant de la reconnaissance d'une filiation maternelle vis-à-vis de la mère d'intention, voire d'une filiation paternelle dans l'état le plus récent de la jurisprudence et ceci quand bien même l'enfant serait génétiquement le sien.

La révision des lois de bioéthiques par la loi du 7 juillet 2011 n'a pas autorisé la GPA. La Cour de cassation maintenait une position très ferme à l'égard de la GPA depuis un arrêt du 6 avril 2011 (affaire Mennesson). Elle y refusait la transcription des actes de naissance de deux jumelles nées d'une GPA en Californie, actes établis selon le droit Californien.

La décision Mennesson a été maintenue, sur un autre fondement, par la Cour de Cassation dans une autre espèce, plus récente. Dans deux arrêts rendus le 13 septembre 2013, la Cour de cassation refuse la transposition des actes d'état civil d'enfants nés de GPA à l'étranger. Jugeant que la naissance des enfants est « l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ».

Si la décision semble conforme au principe d'indisponibilité du corps tels qu'il s'exprime dans les articles 16 et suivants du Code civil, la suite de l'argumentaire s'avère plus discutable. La Cour de Cassation conclut en effet qu'« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Conv.EDH ne sauraient être utilement invoqués ».

En somme, parce que sa naissance résulte d'un processus frauduleux, l'enfant né d'une GPA ne peut tout simplement pas jouir de la protection que lui garantissent les textes internationaux de protection des droits de l'enfant ratifiés

par la France. Privé de la protection que lui accorde le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » consacré par la Convention de New York (CIDE) dont la Cour de Cassation reconnaît l'effet direct dans l'ordre interne, l'enfant né de GPA paye la fraude de ses parents.

II – l'atténuation de l'interdiction de toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui

A – la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un père français et d'une mère porteuse.

Une circulaire du 25 Janvier 2013, adresse par l'ancienne Garde des Sceaux, Christiane Taubira, aux procureurs et aux greffiers en chef du tribunal d'instance leur demande de délivrer des certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un père français et d'une mère porteuse, dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant.

Sans permettre la transposition de l'acte de naissance, la loi française permet néanmoins aux enfants d'acquérir la nationalité française.

La France a également été condamnée par la CEDH dans deux arrêts du 26 juin 2014 (MENNESSON C/France et LABASSE C/France). La France fut condamnée au nom du droit des enfants au respect de la vie privée, au sens où l'entend l'article 8 de la Conv. EDH. Fort de cette condamnation, le Conseil d'Etat, saisi de plusieurs requêtes en annulation de la circulaire « Taubira », a rejeté ces recours dans un arrêt du 12 décembre 2014.

Les deux décisions de la CEDH de 2014 sont également à l'origine du revirement de jurisprudence qu'a opéré la Cour de Cassation, réunie en Ass. Plén. , dans deux arrêts en date du 3 juillet 2015, qui, sans revenir sur le principe de l'interdiction de la GPA, considèrent néanmoins que cette pratique ne justifie pas, à elle seule, le refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français.

A noter que la France vient à nouveau d'être condamnée s'agissant d'un refus de transcription à l'état civil d'un enfant issu d'une GPA en Inde (CEDH, 21 juillet 2016, FOULON et BOULET C/France).

B – le refus de créer des apatrides

7- la notion de « discrimination » au regard du principe d'égalité

L'égalité est l'un des principes centraux, fondateurs, de notre République, à tel point qu'il fait partie des trois valeurs rappelées par la devise nationale : « Liberté, Egalité, Fraternité ».

L'égalité constitue une des conditions de l'effectivité des libertés. En effet, ces dernières ne valent que si elles valent pour tous : différencier le bénéfice des libertés (c'est-à-dire opérer des discriminations), c'est menacer les libertés de quelques-uns et à terme la possibilité de menacer les libertés de tous.

Deux conceptions de l'égalité s'affrontent.

- l'égalité peut être l'égalité de droit : c'est-à-dire l'égalité devant la loi : il s'agit d'un principe de non-discrimination qui s'impose au législateur et à l'Administration, qui prive d'effets juridiques les actes par lesquels ils entendraient priver une catégorie de citoyens du bénéfice d'une règle.
- L'égalité peut être de fait : c'est-à-dire l'égalité par la loi : elle réside alors dans la situation concrète des individus, et non dans le traitement abstrait dont ils font l'objet aux yeux de la loi, et elle requière donc une intervention des pouvoirs publics et non leur abstention, de façon à forcer la création d'une égalité sociale.

Dans le premier cas, il y a une retenue des pouvoirs publics, qui ne doivent pas créer de discriminations.

Dans le second cas, il y a au contraire nécessité pour les pouvoirs publics de discriminer de façon à favoriser ceux qui en ont particulièrement besoin.

Le principe d'égalité constitue bien une liberté fondamentale et interdit certaines discriminations (I) mais il n'a pas une portée inconditionnelle et absolue dans la mesure où il n'interdit pas que soient créées des différenciations de traitement justifiées, notamment sous la forme de discriminations positives (II)

I – les discriminations interdites

A – l'exemple de l'interdiction des discriminations raciales

B – les variétés en matière d'égalité

II – les discriminations permises

A – la validité des discriminations positives

B – l'encadrement des discriminations positives

9 – la double nationalité

La nationalité, appartenance juridique à la population constitutive d'un Etat, conditionne, pour chaque individu, l'étendue des droits dont il a la jouissance. La nationalité demeure le support naturel de la citoyenneté.

Si une personne se rend à l'étranger ou si elle y vit, elle demeure sous la protection de son Etat national et peut se prévaloir des droits garantis par les traités conclus entre son Etat d'origine et l'Etat de séjour. A l'inverse, l'individu sans nationalité, sans patrie, est par définition un étranger en tout pays, et un étranger de la pire condition, puisqu'il ne bénéficie de la protection d'aucun Etat d'origine.

La nationalité se retrouve dans de nombreux textes :

- Art. 15 DUDH
- Le Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 (Art. 24§3) et la convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant disposent que l'enfant a dès sa naissance le droit d'acquérir une nationalité

Les droits proclamés par ces textes internationaux se heurtent encore aujourd'hui, dans leur réalisation, à la fois à la faible autorité que le droit français reconnaît à certains d'entre eux et aux restrictions dont ils sont assortis en matière de nationalité.

Le principe demeure donc de la souveraineté quasi absolue des Etats dans la détermination de leur nationalité et, comme on a pu l'écrire, les sources internationales demeurent « dans un rapport de subsidiarité au regard des sources internes ».

Bien qu'au niveau international, aucune obligation est faite aux Etats de conférer leur nationalité à un individu qui en est dépourvu et qui le lui demande, en France, les liens de rattachement définis par le droit français de la nationalité pour attribuer à un individu la nationalité française d'origine sont assez larges pour ne pas laisser hors de celle-ci une personne se rattachant à la France, soit par sa filiation, soit par sa naissance.

Dès lors se pose la question de savoir également si la double nationalité est admise en France (I) et quelles sont les conséquences de cette double nationalité notamment sur la déchéance de nationalité (II)

I – le droit à la plurinationalité en droit français

A – les mécanismes d'attribution de la nationalité française

- nationalité française par filiation :

Pour que l'enfant obtienne la nationalité française par filiation, il faut évidemment que la filiation de l'enfant à l'égard du parent français soit établie et qu'elle le soit pendant la minorité de l'enfant (C.Civ, Art. 20-1).

- nationalité française par la naissance en France

Si la simple naissance d'un individu en France, non renforcée par d'autres éléments, tels que la naissance en France du père ou de la mère, ou une résidence prolongée en France, n'est pas en soi une cause d'attribution de la nationalité française, il en est précisément autrement lorsque, en l'absence de tout autre élément de rattachement, l'individu né en France court le risque d'être apatride

« Art. 19 - Est français l'enfant né en France de parents inconnus.

Toutefois, il sera réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de son auteur, la nationalité de celui-ci.

Art. 19-1 – Est français :

1° - l'enfant né en France de parents apatrides

2° - l'enfant né en France de parents étrangers pour lequel les lois étrangères de nationalité ne permettent en aucune façon qu'il se voie transmettre la nationalité de l'un ou de l'autre de ses parents

Toutefois, il sera réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, la nationalité étrangère acquise ou possédée par l'un de ses parents vient à lui être transmise ».

L'article 19-1, 2° a trouvé à s'appliquer à l'enfant naturel né en France d'une mère algérienne et d'un père algérien ou marocain ; D'après la loi algérienne, la mère ne transmet pas sa nationalité à son enfant né à l'étranger, et la filiation paternelle naturelle, ignorée par les droits algériens et marocain, ne peut transmettre à l'enfant la nationalité de son père. L'attribution de la nationalité française à un tel enfant le sauve donc de l'apatridie.

B – la reconnaissance du droit à une double nationalité

De nombreux droits étrangers, sans pouvoir empêcher le phénomène de la double nationalité qui est largement hors de leur contrôle, s'efforcent de le limiter. Ainsi, le droit allemand subordonne-t-il en principe l'acquisition par un étranger de la nationalité allemande à la perte de sa nationalité étrangère, sauf s'il a été préalablement autorisé à la conserver.

Une telle condition n'a jamais été posée par le droit français. De même aujourd'hui, depuis la loi du 9 janvier 1973, l'acquisition, même volontaire, par

un Français d'une nationalité étrangère ne lui fait-elle pas perdre de plein droit sa nationalité française. Il ne la perdra que s'il souscrit une déclaration à cette fin, et encore ne pourra-t-il la souscrire que s'il réside habituellement à l'étranger.

II – les conséquences de la double nationalité

A – l'impact de la double nationalité sur la déchéance de nationalité (montrer que la déchéance de nationalité ne fonctionne qu'en cas de double nationalité sinon : apatride)

La déchéance de nationalité existe dans notre système juridique depuis la première guerre mondiale. La loi du 7 avril 1915, modifiée par celle du 18 Juin 1917 permettait alors de révoquer la naturalisation des personnes originaires de pays en guerre contre la France. La loi du 10 août 1927 a maintenu cette possibilité, cette fois en temps de paix. Depuis cette date, la déchéance de nationalité est demeurée dans notre système juridique, avec quelques évolutions finalement modestes.

Aujourd'hui, elle peut être prononcée pour différents motifs mentionnés dans l'article 25 du code civil. En dehors de toute condamnation pénale, la déchéance peut être décidée lorsque sont constatés des « actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France ».

L'essentiel des cas de déchéance concernent cependant des personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation pénale, soit pour un crime ou un délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, ou une atteinte à l'administration lorsqu'elle est commise par une personne exerçant une fonction publique, soit enfin, et c'est le cas dans 5 affaires jugées par le CE dans les décisions du 8 juin 2016, pour une infraction liée au terrorisme. Rappelons que la constitutionnalité de ce dernier fondement a été confirmée par le Conseil constitutionnel, dans une décision Ahmed S. rendue sur QPC le 24 janvier 2015.

Le trait le plus notable de la déchéance de nationalité est qu'elle ne peut frapper que les Français « qui ont acquis la nationalité française » si les faits reprochés à l'intéressé se sont produits antérieurement à l'acquisition de la nationalité française ou dans le délai de dix ans à compter de la date de l'acquisition de la nationalité française (C.Civ, Art. 25-1).

Mais du point de vue du droit à la nationalité, il faut souligner que la loi française ne se préoccupait pas de savoir, avant la loi du 16 mars 1998, si le déchu avait conservé sa nationalité d'origine. Or, il pouvait très bien l'avoir perdue du fait de l'acquisition de la nationalité française. La loi du 16 mars 1998 a modifié l'article 25 du Code civil et écarté la déchéance si elle devait avoir pour résultat de rendre apatride l'individu qui en serait frappé.

B – le projet de révision constitutionnel et la qualité de bi-nationaux

