

Les libertés fondamentales garantissent des valeurs primordiales qui participent de l'essence de l'homme. Elles irriguent tant le droit public que le droit privé. L'actualité les concernant est riche, bien souvent menée sous la houlette de la Cour européenne des droits de l'homme.

Procréation artificielle. La procréation artificielle pallie l'impossibilité de concevoir des enfants de façon naturelle. Aujourd'hui, en France, elle se réalise par le biais d'une assistance médicale à la procréation (AMP) et se conçoit comme un acte médical destiné à surmonter une défaillance pathologique affectant la reproduction. Elle n'est ouverte qu'au couple hétérosexuel, vivant et en âge de procréer afin de remédier à « *l'infertilité d'un couple* » ou d'« *éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* » (art. L.2141-2 CSP). A l'occasion **de la révision prochaine des lois de Bioéthique en 2018, se posera la question d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires, en autorisant celles-ci à recourir à une insémination artificielle avec donneur (IAD). Le comité consultatif national d'éthique y est favorable (CCNE, Avis n°126 du 27 juin 2017).** La procréation artificielle deviendrait alors une technique, non plus « palliative » d'un dysfonctionnement reproductif, mais « alternative » à la procréation naturelle, bénéficiant aux personnes qui veulent un enfant sans avoir de relation charnelle avec l'autre sexe pour compenser leur infertilité qualifiée alors de « sociale ». L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et à des femmes célibataire institutionnaliserait l'abandon de l'exigence d'altérité sexuelle et, ce faisant, celle d'une figure paternelle.

Par voie de conséquence, ne devrait-on pas revenir sur l'interdiction de **procréation post-mortem** pour permettre à une femme de concevoir un enfant après le décès de son mari en utilisant les gamètes de ce dernier ? Le CCNE n'aborde pas la question, mais d'ores et déjà **le Conseil d'Etat, le 31 mai 2016** (CE 31 mai 2016, *M^{me} C. A.*, n° 396848, *Lebon*) a refusé, à titre exceptionnelle, d'appliquer la loi française (art. L. 2141-11-1 du CSP) qui interdit l'exportation des gamètes, recueillis en France, lorsqu'ils sont destinés à être utilisés à l'étranger à des fins d'insémination post-mortem. Certes, il a considéré que l'interdiction générale, en elle-même, ne heurtait pas, *in abstracto*, l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit au respect de la vie privée, dès lors que les Etats se voient reconnaître une large marge d'appréciation pour réglementer la procréation artificielle. Néanmoins, l'application de la loi a été écartée en l'espèce, à l'issue d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*, en raison des circonstances particulières du litige : après avoir relevé non seulement que l'homme avait, de son vivant, consenti à une insémination *post-mortem*, que la détérioration de son état de santé l'avait empêché de procéder à un nouveau dépôt de sperme en Espagne, mais aussi que la femme originaire de ce pays y était retournée vivre après le décès de son mari, le Conseil d'Etat a pu décider que « *dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante* », le refus d'exportation des gamètes du défunt vers l'Espagne portait une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale.

Lors de la révision des lois de Bioéthique, **la gestation pour autrui (GPA)** devra-t-elle également être admise ? Au nom de la dignité, il est actuellement interdit à une femme d'assurer la gestation d'un enfant en vue de le céder à sa naissance à un couple (art. 16-7 Code civil). Le CCNE (avis préc.) ne préconise pas de lever la prohibition. Constatant « *avec une extrême inquiétude l'expansion rapide du marché international des GPA* », il insiste sur les violences d'ordre « *économique, juridique, médical et psychique* » qui s'exercent sur les femmes recrutées comme gestatrices. « *Particulièrement frappé par l'acceptation du risque, faible mais non nul, de mort ou d'atteinte grave à la santé de la gestatrice* », qui « *semble ne pas être pris en compte, ni par les parents d'intention, ni par les promoteurs de la GPA* », le CCNE estime qu'il ne serait y avoir de GPA « *éthique* ». Le maintien d'une interdiction de la GPA ne conduira pas à une condamnation de la France par la CEDH, qui reconnaît une large marge d'appréciation des Etats en ce domaine (CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France* et *Labassee c. France* req. n° 65192/11 et n° 65941/11). En revanche, la révision des lois

de Bioéthique pourrait être l'heureuse occasion pour le législateur de s'intéresser au lien de filiation de l'enfant né d'une mère porteuse à l'étranger avec ses parents d'intention. L'absence d'établissement d'un tel lien avec le père d'intention dont le sperme avait été utilisé pour concevoir l'enfant a, plusieurs fois, valu à la France d'être condamnée par la CEDH pour atteinte au droit au respect de la vie privée de l'enfant (**CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France et Labassee c. France, préc. ; 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France, req. n° 9063/14 et 10410/14, 19 janvier 2017, *Laborie c. France, req. n°44024/13*****). Déjà la Cour de Cassation, le 3 juillet 2015 avait fait évoluer sa jurisprudence pour admettre que la GPA n'empêchait pas la transcription à l'état civil français d'un acte de naissance, régulièrement établi à l'étranger (Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 et 14-21.323). Elle a précisé sa jurisprudence dans quatre arrêts rendus le 5 juillet 2017 (**Civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n°15-28.597, 16-16.901, 16-50.025 et 16-16.455**). Ainsi lorsque le père d'intention a donné ses gamètes pour concevoir l'enfant, le recours à la gestation pour autrui « *ne fait plus obstacle à la transcription d'un acte de naissance étranger, (...), ni à l'établissement de la filiation paternelle* » (15-28.597). En revanche, s'agissant de la mère d'intention, la transcription de l'acte de naissance étranger qui la désigne comme mère est refusée parce qu'elle n'a pas accouché de l'enfant. Le lien de filiation du (ou de la) conjoint(e) du père de l'enfant peut néanmoins être établi par la voie de l'adoption, « *si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant l'enfant, si celui-ci ainsi que la mère porteuse y consentent* » (16-16.455). Ces solutions sont subordonnées à ce que l'enfant ait été conçu avec le sperme du père d'intention. A défaut de tels liens biologiques, la CEDH a considéré qu'un enfant de 9 mois né d'une gestation pour autrui en Russie pouvait être retiré à un couple italien, compte tenu de « *la courte durée de la relation avec l'enfant* » et de « *la précarité juridique des liens entre eux* », et cela malgré « *l'existence d'un projet parental et la qualité des liens affectifs* ». En effet, « *accepter de laisser l'enfant avec (les parents d'intention), peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien* » (**CEDH 24 janv. 2017, *Paradiso et Campanelli, req. n° 25358/12***).

Le sexe. La mention du sexe à l'État civil, si elle ne correspond pas à la réalité, doit pouvoir être modifiée. Encore faut-il connaître ce que recouvre la « réalité » du sexe. Sa détermination peut s'avérer complexe, lorsque les composantes physiques (génétique, chromosomique, anatomique) et psychiques (psycho-social) du sexe sont en opposition, comme dans **le cas du transsexualisme** où la personne éprouve « *un sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, anatomiquement et juridiquement le sien* » (Rapport Kuss, Académie nationale de médecine, 29 juin 1982, Bull. Acad. Nat. Méd., 1982, n°6, p. 819). Acceptant de prendre en considération la dimension psychique du sexe, la Cour de cassation subordonnait le changement de sexe à l'état civil, à une double condition : le transsexuel devait non seulement établir « *la réalité du syndrome transsexuel* » dont il était atteint mais aussi « *le caractère irréversible de la transformation de son apparence* » (Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-30.262, n° 11-30.261). La CEDH, considérant que la condition « *d'irréversibilité de la modification de l'apparence* » conduisait à assujettir « *la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération stérilisante* », a condamné la France pour avoir porté une atteinte à leur vie privée (**CEDH, 6 avril 2017, *A. P., Garçon et Nicot c. France, req. n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 120***). Depuis, le droit français a évolué. **La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle** a assoupli les conditions exigées pour obtenir une modification de la mention du sexe à l'état civil. Le nouvel article 61-6 du Code civil énonce dorénavant que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* ». Il n'est plus nécessaire non plus d'établir « *la réalité du syndrome transsexuel* »-condition qui avait pourtant échappé aux foudres européennes-. Il suffit dorénavant à « *toute personne majeure ou mineure émancipée* » de démontrer « *par une réunion*

suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification » (art. 61-5 C. civ.).

A la différence du transsexualisme dans lequel le sexe physique est en opposition avec le sexe psychique, **l'interssexualisme** se manifeste par une indétermination du sexe anatomique, l'individu portant la marque des deux sexes féminin et masculin. En présence d'un tel « *désordre du développement sexuel* » (selon la terminologie médicale), dont les causes et les manifestations sont aussi diverses que variées, des opérations sont parfois réalisées en vue d'« assigner » un sexe à l'individu. Les médecins doivent s'en abstenir lorsque l'intervention ne présente pas une finalité médicale avérée. Si l'indétermination du sexe n'a pu être levée à la naissance, une circulaire du 28 octobre 2011 admet qu'« *avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance* » pendant un délai d'un ou deux ans. Au-delà, il faudra mentionner un sexe à l'état civil. Mais que faire si la mention de ce sexe ne reflète pas le psychisme de l'individu qui pourrait se sentir ni homme, ni femme, malgré les opérations éventuellement subies ? La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 mai 2017 (civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n°16-17.189) a refusé que puisse être inscrite à l'état civil la mention du sexe neutre, au motif que « *la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin* ». Elle précise que si l'identité sexuelle relève du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des sexes « *poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* ». Ce faisant, « *la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination* ». La parole appartient donc au législateur.

Liberté d'expression et négationnisme. En droit français, l'expression publique, quel que soit son support (presse, internet ou encore spectacle vivant), est soumise au régime juridique défini par la loi du 29 juillet 1881 : l'expression est libre mais certains messages sont prohibés ; des sanctions pénales étant prévues en cas d'infractions, mises en œuvre selon un mécanisme spécifique, dérogatoire au droit pénal général.

Les limites posées à la liberté d'expression sont fondées sur la protection des droits d'autrui (prohibition de la diffamation ou encore de l'injure) et sur celle de l'ordre public, celui-ci comportant non seulement un volet matériel (qui justifie par exemple l'interdiction de diffuser de fausses nouvelles, L. 29 juill. 1881, art. 27) mais aussi un volet immatériel. Certains discours sont ainsi interdits au motif qu'ils portent atteinte à un socle de valeurs dont le législateur estime qu'elles méritent une protection spécifique. C'est ainsi que sont pénalement sanctionnés l'apologie de crime contre l'humanité et, depuis la loi Gayssot du 13 juillet 1990, le négationnisme.

Jusqu'à une date récente, seule était prohibée la négation de la Shoah alors que l'apologie était interdite quel que soit le crime contre l'humanité dont la promotion était faite (dès lors qu'il répondait à la définition posée par les articles 211-1 du code pénal). Si le législateur avait tenté d'élargir le champ du délit de négationnisme, il s'était heurté à des obstacles constitutionnels. Ainsi, en 2012, le Conseil constitutionnel avait censuré une loi incriminant la négation des génocides établis par la loi française (CC, n° 2012-647 DC, 28 févr. 2012) au motif que le législateur ne pouvait réprimer la contestation de l'existence de crimes « *qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels* ». On comprenait ainsi que la sanction pénale de la négation d'un crime n'était constitutionnellement acceptable que si la reconnaissance de ce crime échappait au législateur. Tel était le cas précisément de la Shoah, le législateur ayant pris soin de se référer non pas directement à l'extermination nazie mais à un crime tel que défini par le statut du tribunal de Nuremberg et

reconnu par une juridiction internationale ou française [1]. C'est en s'appuyant sur cette spécificité que le Conseil constitutionnel répond, en 2016, à la question de l'égalité devant la loi pénale (CC, n° 2015-512 QPC, 8 janv. 2016) : la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision de justice française ou internationale (loi Gayssot) se distinguant de la contestation de faits qualifiés comme tels par la loi, la sanction du négationnisme peut être réservée à la Shoah.

Cette approche suggère qu'aucun obstacle constitutionnel ne s'oppose à l'extension de l'incrimination du négationnisme, dès lors que la qualification des crimes résulte d'une décision de justice. Le Conseil constitutionnel semble le confirmer en 2017 (CC, n° 2016-745 DC, 26 janv. 2017). Il s'est ainsi abstenu de censurer (sans pour autant les déclarer conformes à la Constitution) les dispositions de la loi du 27 janvier 2017 qui punissent le fait de nier un crime contre l'humanité (autre que la Shoah) tel que défini par le statut de la Cour pénale internationale et par le Code pénal, dès lors que ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale (en revanche, sont censurées les dispositions de la même loi punissant la contestation de ces crimes, alors même qu'ils n'avaient pas fait l'objet d'une condamnation par une juridiction).

Liberté d'expression et manifestation des convictions religieuses dans les lieux publics. – En droit français, depuis la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat du 9 décembre 1905, l'Etat est astreint à une stricte neutralité religieuse. Les agents publics ne peuvent ainsi manifester leurs croyances religieuses dans l'exercice de leur fonction (CE, avis, 3 mai 2000, *Marteaux*, n° 217017). Dans le même sens, les bâtiments et emplacements publics doivent être dépourvus de tout emblème religieux (L. 9 déc. 1905, art. 28 ; cette prescription ne s'applique cependant que pour l'avenir, le législateur de 1905 ayant entendu épargner les emblèmes religieux existants à la date de l'entrée en vigueur de la loi). La question s'est posée de savoir si la loi de 1905 interdisait aux communes d'installer des crèches pendant les fêtes de Noël. Le Conseil d'Etat a répondu de façon nuancée, arguant de la signification ambivalente des crèches, religieuse et culturelle. L'installation de crèche n'est ainsi autorisée que « lorsqu'elle présente un caractère culturel, artistique ou festif, sans exprimer la reconnaissance d'un culte ou marquer une préférence religieuse », le Conseil d'Etat précisant qu'une crèche est présumée revêtir une dimension culturelle lorsqu'elle est située en dehors de l'enceinte des bâtiments publics, alors qu'elle est supposée être dotée d'un caractère religieux lorsqu'elle est placée dans l'enceinte des bâtiments (CE 9 nov. 2016, *Fédération nationale des libres penseurs de Seine et Marne*, n° 395122).

S'agissant de l'expression religieuse des personnes privées, elle ne peut, elle, en principe être prohibée ni dans les lieux publics ni dans les services publics (CE, avis, 27 nov. 1989). À ce principe, le législateur peut cependant déroger à condition que les restrictions apportées soient justifiées et proportionnées. La loi du 15 mars 2004 interdit ainsi, dans les écoles, collèges, lycées, le port de signes et de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement leur appartenance religieuse. Plus tard, la loi du 11 octobre 2011 interdit de porter, dans « l'espace public », toute « tenue destinée à dissimuler son visage », c'est-à-dire en pratique le voile intégral. Le Conseil constitutionnel (CC, 2010-613 DC, 7 oct. 2010) comme la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, gde chambre, 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11) ont considéré que les exigences minimales de la vie en société (le « vivre ensemble ») justifiaient une telle atteinte à la liberté d'expression (réaffirmant cette position au sujet de la loi belge, posant la même interdiction, CEDH, 11 juill. 2017, n° 4619/12). Si le législateur peut ainsi limiter l'expression religieuse publique, l'autorité administrative, elle, ne peut le faire. L'affaire du « burkini » a été l'occasion de l'affirmer. Après l'attentat de Nice du 14 juillet 2016, certains ont perçu comme une provocation le port du burkini (tenue de bain pour femmes couvrant entièrement le corps) sur les plages publiques. Certains maires de communes littorales, exerçant leurs pouvoirs de police administrative, l'ont alors interdit au nom de la laïcité. Statuant en tant que juge des référés, le Conseil d'Etat a suspendu ces mesures (CE, ord., 26 août

2016, *LDH*, n° 402742) : la laïcité n'est pas une composante de l'ordre public que le maire doit sauvegarder ; en l'absence de trouble matériel à l'ordre public, les arrêtés sont considérés comme portant une atteinte manifestement illégale à la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle.

État d'urgence. – Depuis les attentats qui ont frappé Paris le 13 novembre 2015, le territoire français est soumis à l'état d'urgence.

Défini par la loi du 3 avril 1955, son régime juridique a fait l'objet, depuis sa déclaration le 14 novembre 2015, d'un certain nombre de modifications législatives, qu'il s'agisse de la procédure administrative d'assignation à résidence ou encore des perquisitions administratives. Fréquemment sollicité dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a pris une part active dans la confection du droit positif, par voie de censures ou de réserves d'interprétation apportées à certains dispositifs, qu'ils découlent directement de la loi de 1955 (interdiction de séjour : CC, n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017) ou des modifications que le législateur lui a récemment apportées (s'agissant des saisies informatiques effectuées dans le cadre des perquisitions : CC, n° 2016-536 QPC, 19 févr. 2016 ; à propos de la prolongation des assignations, CC, n° 2017-624 QPC, le 16 mars 2017).

De lois de prolongation en lois de prolongation (six au total, la dernière datant du 11 juillet 2017), l'état d'urgence aura duré près de deux ans. Beaucoup le contestent, les régimes d'exception n'ayant pas vocation à demeurer pérennes, ce que les juridictions suprêmes ont d'ailleurs souligné (CC, n° 2015-527 QPC, 22 déc. 2015 ; CE, avis, 8 déc. 2016, n° 392427). Le nouveau gouvernement issu des dernières élections a ainsi programmé la sortie de l'état d'urgence, prévue en novembre 2017. Celle-ci sera cependant marquée par l'entrée en vigueur d'un nouveau dispositif législatif destiné à lutter dans la durée contre la menace terroriste. En cours de discussion parlementaire au moment où ces lignes sont écrites, le texte législatif introduit dans le droit commun les mécanismes propres à l'état d'urgence, comme les perquisitions, les assignations à résidence ou encore zones de protections. Si, comme dans le régime de l'état d'urgence, ces instruments sont confiés à l'autorité de police administrative, ils sont également assortis de garanties judiciaires qui n'existent pas dans le régime de l'état d'urgence. C'est le cas des assignations (qui reçoivent l'appellation moins agressive de « mesures individuelles de surveillance ») dont le procureur de la république est informé, ou des perquisitions administratives (requalifiées de « visites ») et de l'exploitation des données informatiques, qui doivent être autorisées par le juge judiciaire.

[1] L'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 énonçant que sont punis ceux qui auront contesté « l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale »