

THÈSE DE DOCTORAT

Soutenue à Aix-Marseille Université

Le 13 décembre 2022 Par

Emmanuel KOUROUMA

La protection de la santé par le juge constitutionnel français, transposition faite aux Etats d’Afrique francophones l’exemple de la Guinée, du Benin et du Sénégal.

Discipline

Droit

Spécialité

Droit public

École doctorale

ED 67 - Sciences Juridiques et

Politiques

Laboratoire / Partenaires de recherche

ADES - Anthropologie bio-culturelle,

Droit, Ethique et Santé - UMR 7268



Composition du jury

Maouen MOSTEFA Rapporteur

Professeur à l’Université Djillali Liabès

Carine DAVID Rapporteur/ Présidente du jury

Professeur à l’Université Antilles

Arnaud LAMI Examineur

Maitre de conférences HDR, AMU

Guylène NICOLAS Directrice de thèse

Maitre de conférences HDR, AMU

Affidavit

Je soussigné, KOUROUMA Emmanuel, déclare par la présente que le travail présenté dans ce manuscrit est mon propre travail, réalisé sous la direction scientifique de GUYLENE Nicolas, dans le respect des principes d'honnêteté, d'intégrité et de responsabilité inhérents à la mission de recherche. Les travaux de recherche et la rédaction de ce manuscrit ont été réalisés dans le respect à la fois de la charte nationale de déontologie des métiers de la recherche et de la charte d'Aix-Marseille Université relative à la lutte contre le plagiat.

Ce travail n'a pas été précédemment soumis en France ou à l'étranger dans une version identique ou similaire à un organisme examinateur.

Fait à Aix-en-Provence , le 18 octobre 2022

Affidavit

I, undersigned, KOUROUMA Emmanuel, hereby declare that the work presented in this manuscript is my own work, carried out under the scientific direction of GUYLENE Nicolas, in accordance with the principles of honesty, integrity and responsibility inherent to the research mission. The research work and the writing of this manuscript have been carried out in compliance with both the French national charter for Research Integrity and the Aix-Marseille University charter on the fight against plagiarism.

This work has not been submitted previously either in this country or in another country in the same or in a similar version to any other examination body.

Place Aix-en-Provence, date October 18, 2022

Résumé

La protection de la santé est un droit fondamental, préalable à la jouissance des autres droits. L'un des moyens qui permettent d'en garantir le respect est sa constitutionnalisation et l'intervention protectrice des juges constitutionnels qui résulte d'une saisine soit a priori par les institutions ou a posteriori par les individus. Ceci constitue une mise en œuvre des instruments internationaux de protection des droits, tel que le pacte international relatif aux droits socio-économiques et culturels qui exige des États une obligation négative et positive. Mais, si nous pouvons constater une avancée notable en France, dans les États d'Afrique noire qui l'imitent c'est un échec partiel. En Guinée ainsi qu'au Sénégal, en dehors de quelques arrêts liés au contrôle des conventions, telles que celle de l'Organisation mondiale de la santé consacrée à la lutte contre le tabagisme, tous les autres se rapportent aux élections. Le Bénin, en instituant un mécanisme d'accès direct à sa Cour constitutionnelle, semble se distinguer. Il reste que, cette dernière, manque de créativité. Hormis l'exégèse des normes constitutionnelles, qu'elle fait pour protéger le droit à la protection de la santé ou d'autres droits qui y sont liés, elle ne se permet pas des créations prétoriennes. De plus, elle ne contribue pas à la construction de la loi, pour ainsi démontrer une véritable volonté de garantie. Pour remédier à ces insuffisances non exhaustives, nous envisageons une transposition du contentieux constitutionnel français qui, malgré les imperfections et critiques, contribue à la protection de la santé ou répond plutôt aux exigences de sa garantie réclamée aussi bien par les institutions que les individus à travers des mécanismes de saisines. Il surpasse celui de ces États d'Afrique francophones qu'il a inspirés et qui se trouvent être, pour des raisons liées principalement à la similitude des structures administratives et à celle de la dualité des juridictions ordinaires (juridiction administrative et judiciaire dont les décisions sont contrôlées), condamnés à lui rester fidèles.

Abstract

The protection of health is a fundamental right, prior to the enjoyment of other rights. One of the means of guaranteeing its respect is its constitutionalization and the protective intervention of constitutional judges, which results from a referral either a priori by institutions or a posteriori by individuals. This constitutes an implementation of international instruments for the protection of rights, such as the International Covenant on Socio-Economic and Cultural Rights, which requires States to have a negative and positive obligation. But, if we can note a notable progress in France, in the black African States that imitate it, it is a partial failure. In Guinea as well as in Senegal, apart from a few rulings related to the control of conventions, such as the one of the World Health Organization devoted to the fight against smoking, all the others are related to elections. Benin, by instituting a mechanism for direct access to its constitutional court, seems to be distinguishing itself. However, the court lacks creativity. Apart from the exegesis of constitutional norms, which it does to protect the right to health protection or other related rights, it does not allow itself any praetorian creations. Moreover, it does not contribute to the construction of the law, thus demonstrating a real will to guarantee. To remedy these non-exhaustive shortcomings, we envisage a transposition of the French constitutional litigation which, despite the imperfections and criticisms, contributes to the protection of health or rather meets the requirements of its guarantee demanded by both institutions and individuals through referral mechanisms. It surpasses that of the French-speaking African states that it has inspired and which, for reasons linked mainly to the similarity of administrative structures and to the duality of the ordinary jurisdictions (administrative and judicial jurisdiction whose decisions are reviewed), are condemned to remain faithful to it.

REMERCIEMENTS

-Mes remerciements à ma directrice de thèse, madame GUYLENE Nicolas qui n'a ménagé aucun effort pour la réalisation de ces travaux de recherche. Sa disponibilité, sa patience ainsi que ses sages conseils m'ont sincèrement guidé tout au long de cette étude.

-Je tiens à remercier monsieur Arnaud LAMI, madame Marthe Fatin-Rouge STAFANINI et madame Geneviève CASILE-HUGUES qui, par leurs critiques constructives, ont contribué à la réalisation de ce travail.

-Toute ma gratitude à madame BOUNOUA Karima pour son appui administratif durant toutes ces années de recherche.

- Enfin, ma reconnaissance à ma famille pour son soutien multiforme ayant permis la réalisation de cette thèse.

À la mémoire de mes défunts parents et grands-parents

LISTE DES ABREVIATIONS

act. : Actualité

A.F.D.I : Annuaire français de droit international

al. : Alinéa

Arch. Phil. : Droit Archives de philosophie du droit

Art. : Article

Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

c/ : Contre

CA : Cour d'appel

CAHDD : Cour africaine des droits de l'homme

C A : commission africaine

Cass. : Cour de cassation

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CCNE : Comité consultatif national d'éthique

CC : Cour constitutionnelle

Ch. : Chambre

chron. : Chronique

Circ. : Circulaire

Civ. : Chambre civile

CJA : Code de justice administrative

CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme

CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

CNRTL : Centre national de ressources textuelles et lexicales

coll. : Collection

comm. : Commentaire

Comm. EDH : Commission européenne des droits de l'homme

Cons. constit. : Conseil constitutionnel

Cons. : Considérant

Conv. EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

C. pén. : Code pénal

CRDF : Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

CREDHO : Centre de Recherches et d'Etudes dur les Droits de l'Homme et le droit humanitaire

Crim. : Chambre criminelle

CSP Code de la santé publique

Dr. Pén. : Revue droit pénal

DC : Décision

Décr. : Décret

dir. : Direction

doctr. : Doctrine

éd. : Edition

et al. : Et autres

Ex. ou ex. : Exemple

HCDH : Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme

Ibid Ibidem : au même endroit

In : Dans

Infra : Ci-dessous

JCP : Juris-Classeur périodique

JCP G : La semaine juridique, édition Générale

JORF : Journal officiel de la République française

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les petites affiches

N° : Numéro

obs. : Observation

Ord. : Ordonnance

OMS : Organisation mondiale de la santé

ONU : Organisation des nations unies

p. : Page

Préc. : Précité

PUF : Presse universitaire de France

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RDP : Revue de droit public et de la science politique en France et à

l'étranger

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

Rec. : Recueil

Req. : Requête

Rev. trim. dr. h. : Revue trimestrielle des droits de l'homme

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

R.T.N.U. : Recueil des Traités de l'ONU

S. : Recueil Sirey.

s. : Et suivants

Sect. : Section

SME : Sursis avec mise à l'épreuve

SMPR : Service médico-psychologique régional

Supra : Ci-dessus

SR : Sérologie

UCSA : Unité de consultation et de soins ambulatoires – Unité sanitaire

UHSA : Unité hospitalière spécialement aménagée

UHSI : Unité hospitalière sécurisée interrégionale

UMD : Unité pour malades difficiles

V. Voir

V° : Voir mot

Vol. : Volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE :

LA PROTECTION DE LA SANTE ASSUREE PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL EN FRANCE ET EN AFRIQUE FRANCOPHONE

Titre I - Pertinence de la consécration constitutionnelle du droit à la protection de la santé

Chapitre I - *La reconnaissance constitutionnelle de l'opposabilité du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics*

Chapitre II - *L'examen constitutionnel de la jouissance du droit à la protection de la santé par des individus*

Titre II - L'apport des juges constitutionnels à la protection sanitaire

Chapitre I - *De la portée de l'interprétation du juge constitutionnel*

Chapitre II - *Les mécanismes de protection constitutionnelle au service des droits sanitaires*

DEUXIEME PARTIE :

PERSPECTIVE CONSTITUTIONNELLE GARANTE DE LA SANTE CITOYENNE

Titre I - Perspective résultant d'une analyse sanitaire des instruments de référence

Chapitre I - *Le Préambule constitutionnel, objet de consécration non jurisprudentielle de la santé*

Chapitre II - *La perception rigide du bloc de constitutionnalité guinéen, une garantie pour la santé citoyenne*

Titre II - Théorie sanitaire déduite de l'interprétation limitée du juge constitutionnel

Chapitre I - *L'excision, mœurs préjudiciable à la santé, fondement du droit d'asile constitutionnel*

Chapitre II - *L'institutionnalisation constitutionnelle de l'urgence sanitaire*

INTRODUCTION GENERALE.

La santé et perception dominante. Alors que toutes les actualités sociales sont réduites à une pandémie qui décime, les recherches et analyses scientifiques sont nécessairement focalisées sur la rationalisation des systèmes de santé qui y remédient¹. Ces derniers sont un ensemble constitué des professions, d'établissements, des produits de santé ainsi que des législations qui les régulent². Variés selon les Etats, leurs résultats sont évalués en fonction de la réactivité³, de l'état de santé de la population⁴ et de l'équité de la contribution financière⁵. Nous pouvons en effet relever, indépendamment des considérations actuelles⁶, que l'un des plus performants au monde est celui de la France qui s'est enraciné dès la révolution par l'attribution des responsabilités sanitaires aux municipalités⁷. Actuellement composés des soins sanitaires et de l'assurance maladie⁸, il constitue, pour des économistes, la référence parfaite pour des Etats notamment francophones qui connaissent une précarité en la matière⁹. Leur organisation sanitaire qui demeure faible, est aggravée par un sérieux déficit de moyens humains et financiers. La récurrence des épidémies, l'augmentation de la démographie ainsi que les conflits armés y ont

¹ HEIN H., « La résilience des systèmes de santé : Enjeux de la COVID 19 en Afrique subsaharienne », *santé publique*, n°2, Vol 32, pages 145-147.

² Cette définition résulte d'une considération de la loi Kouchner n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux malades et à la qualité du système de santé. En d'autres termes, elle énumère un ensemble auquel est applicable un certain nombre de règles communes.

³ Celle-ci concerne notamment le respect des droits humains des malades et ceux de ces proches (le respect de la dignité de la personne humaine, la confidentialité des informations médicales et la participation aux choix médicaux...), l'attention que les services soins accorde aux patients (la rapidité de la prise en charge, la qualité des locaux...), l'accès aux réseaux d'aide sociale aux patients et leur proche.

⁴ L'indicateur majeur retenu pour ce facteur est l'espérance de vie corrigée de l'incapacité.

⁵ Celle-ci doit par contre tenir compte de la capacité financière des personnes. Voir à propos TUBEUF. S, ROUCHAIX L., « Mesure de l'équité en santé : fondements éthiques et implications », *Revue économique*, n°2, vol 60, pages 325-344.

⁶ Les acteurs de la santé considèrent que les effets de la pandémie suscitent d'énormes interrogations sur l'avenir du système de soins français notamment sa capacité à gérer des urgences ou crises sanitaires. Néanmoins au regard d'une telle situation qui s'installe depuis des mois, ils sont contraints de réaffirmer leur valeur à travers : « *une pédagogie approfondie basée sur une stratégie de communication loyale, la mobilisation des dispositifs collectifs de prévention, le renforcement responsable de la promotion de la santé et de la santé communautaire, une action accrue pour les situations de vulnérabilité...* ». Pour plus de détails voir « La santé publique en France à l'épreuve de la COVID 19 » *santé publique*, n°1, vol 32, pages 5-7.

⁷ TABUTEAU D., « Les évolutions du politique de santé », *Journal de gestion et d'économie médicale*, n°1, vol 3, 2013, pages 53-68.

⁸ La sécurité sociale et la mutuelle facultative.

⁹ DE KERVASDOUE J., *Les prêcheurs de l'apocalypse, pour en finir avec les délires écologiques et sanitaires*, Paris, édition la Hachette, 2007, pages 203-205.

une répercussion¹⁰, ajoutent des chercheurs. Toujours est-il qu'ils doivent s'inscrire à l'instar des autres Etats (développés ou sous-développés) dans une logique d'exigence de garantie de la santé, considérée comme un droit humain parmi tant d'autres.

Exigence de garantie de la santé. La protection des droits de l'homme est centrale dans cette société contemporaine. Elle constitue un critère de légitimation des politiques étatiques¹¹ et un moyen de démocratisation des Etats en voie de développement¹². Toutefois, nous discernons une contrainte relative à la sauvegarde de la santé¹³ par l'institution des structures de soins sanitaires profitables à tout individu, surtout aux plus vulnérables¹⁴. C'est une exigence qui donne effet au droit à la protection de la santé consacré par les normes internationales. Dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, en plus d'être sous-jacente au droit au respect de la dignité¹⁵, il est précisément mentionné dans l'article 25 aux termes duquel « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de la famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux, ainsi que les services sociaux nécessaires...* ». Il constitue une catégorie de droit reprise par le pacte international relatif aux droits socio-économiques de 1966. Dans cette norme contraignante¹⁶,

¹⁰AUDIBERT M., KONDJI KONDJI D., *Le développement sanitaire en Afrique francophone : Enjeux et perspectives post-2015* (études africaines), Paris, édition harmattan, 2015.

¹¹ HERBAMAS. J., « de la légitimation par les droits de l'homme » *Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, n°1, vol1, 1999.

¹² MOUKOKO H., *L'ONU et la promotion des droits de l'homme en Afrique : cas de l'Afrique*, thèse de droit, soutenue à l'université Caen-Normandie, 2016.

¹³ A propos il est notamment question de plusieurs droits, comme le droit au travail décent, droit à un logement décent... etc. Le comité des droits économiques, sociaux et culturels, s'est souvent employé à en donner des détails et des précisions. Voir à propos observation général n°5 et 14 du comité.

¹⁴ <https://apps.who.int/iris/handle/10665/97359>

¹⁵ Le rapport du droit à la protection de la santé avec la dignité humaine peut avoir une explication s'inscrivant dans l'ordre juridique interne ou internationale. Ainsi, dans le cadre particulier des soins la dignité dispose d'une place importante en ce sens qu'elle permet de limiter la liberté de disposer de soi-même. Le juge administratif s'y fondant implicitement a considéré que les médecins ne sont pas fautifs à transfuser un individu qui refuse le principe de transfusion et qui n'est plus apte de consentir. Pour lui l'administration des soins non consenti par le patient n'est pas contraire à l'interdiction des traitements dégradants si cela s'explique par la sauvegarde de la vie. Voir CE, Ass., 26 oct. 2001 Mme Senanayake et CE, 16 août 2002, Mme Feuillatey. Aussi, le Conseil constitutionnel, après l'avoir reconnu dans sa décision relative aux lois de bioéthique (Décision n°94-343/344DC du 27 juillet 1994, cons.18.), sa valeur constitutionnelle, s'y est référé symboliquement dans sa décision IVG. Décision n°2001-446DC du 27 juin 2001. Il est à préciser que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur du droit des malades et des personnes en fin de vie, le médecin est juste fondé à informer spécifiquement le patient qui refuse les soins et les traitements des risques encourus. Le législateur n'exige plus du médecin une démarche positive qui consiste à mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour tenter de le convaincre.

¹⁶ Son caractère contraignant résulte de l'adoption du protocole additionnel adopté en 2008 qui consacrait la « justiciabilité » des droits économiques sociaux culturels. Cet instrument permet aux individus des Etats qui l'ont ratifié d'être entendus par le comité des droits économiques sociaux culturels concernant des cas de violation par

son respect est exigé des Etats parties par la mention « *tout individu doit jouir d'un meilleur état de santé physique et mental qu'elle soit capable d'atteindre* »¹⁷. Ils sont, de ce fait, obligés de prendre des mesures diverses afin d'en assurer la garantie. Associant sa réalisation au droit à la sécurité sociale et à l'assurance sociale, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels invite les Etats à instituer un régime performant de sécurité sociale et lui en prouver l'existence dans les domaines tels que : les soins médicaux, les indemnités maladies, les prestations de maternité, de vieillesse, les prestations d'invalidité, les prestations de survivant¹⁸.

Cette préoccupation sanitaire est présente dans la régionalisation du système de protection des droits constitutifs de cette universalisation. Ainsi, en Europe nous constatons des prohibitions de certains traitements imposés au corps, faites dans la Convention européenne de sauvegarde des droits¹⁹ et le droit qu'a « *toute personne de bénéficier de toute mesure lui permettant de jouir d'un meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre* », dans la Charte sociale européenne²⁰. Veillant à son application, le Comité européen des droits sociaux précisait²¹ que ce droit, garanti par cette Charte, complète le droit à la vie prévu dans la Convention européenne de sauvegarde des droits tel que l'indique la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans ses jurisprudences²². Il considère, pour corroborer l'indissociabilité des droits consacrés par les deux instruments de protection, que la dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit positif en matière des droits de l'homme et que les soins sanitaires constituent un préalable essentiel pour la préservation de celle-ci²³.

Sur le continent américain, nous relevons dans la Convention américaine des droits de l'homme, la protection de l'intégrité physique qui prohibe toute sorte d'altération du corps humain sans

leur pays. Sur le fondement de ce protocole, le comité a compétence de recevoir et d'examiner des communications présentées par particuliers ou groupe de particuliers concernant des violations...

¹⁷ Article 12 du pacte international relatif aux droits sociaux économiques et culturels.

¹⁸ Observatoire générale n°6, 1995, du comité des droits sociaux économiques et culturels.

¹⁹ Voir à propos les articles 2, 3, 4 de la convention européenne des droits de l'homme. A ces prohibitions s'ajoute la consécration de l'état d'urgence décrétable pour des circonstances telle que la prévention de la pandémie actuelle.

²⁰ Voir à propos l'article 11 de la charte sociale européenne de Strasbourg.

²¹ Conclusions 2005, Observation interprétative de l'article 11, §5.

²² Dans ses jurisprudences la Cour européenne des droits de l'homme impose aux Etats la mise en œuvre d'un cadre réglementaire exigeant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption des mesures d'assurance de la protection de la vie des malades (calvelli et ciglio c. Italie, § 49 ; Vo c. France, § 89 ; Lope de Sousa Fernande c. Portugal, § 166). Les Etats sont tenus de faire en sorte que ces cadres réglementaires fonctionnent deviennent effectif. Ils doivent donc prendre des mesures pour faciliter et assurer la mise en œuvre des règles édictées ; Lope de Sousa Fernande c. Portugal, § 190).

²³ Réclamation FIDH c. France n°14/2003, décision sur le bien-fondé du 3 novembre 2004, §31.

consentement²⁴. Le protocole y afférent est plus intéressant et large en indiquant que « *Toute personne a droit à la santé qui est considéré comme le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mental, social. Afin d'assurer le plein exercice du droit à la santé, les Etats parties s'engagent à reconnaître ce droit comme un bienfait public et notamment à adopter pour garantir l'exercice de ce droit les mesures suivantes : l'octroi des soins primaires de santé, autrement dit, la mise à la disposition de tous les individus et de toutes les familles de la communauté de l'aide médicale essentielle ; l'extension des services de santé à tous les individus relevant de la juridiction de l'Etat...*²⁵ ». Présentant sa portée la Cour interaméricaine des droits, dans l'affaire *Cusulpivaral y otros vs Guatemala* liée à l'accès aux soins des personnes infectées par le VIH, estimait que la carence de l'Etat dans l'octroi des soins appropriés à des victimes constitue un manquement au devoir de garantie du droit à la santé. Elle ajoute qu'il résulte de cette carence une violation au droit à l'intégrité physique et au droit à la vie²⁶. Aussi, récemment, elle reconnaît le droit à la sécurité sociale, notamment le droit à une pension indiquant sur le fondement de l'article 26 de la convention, que la manque de jouissance de ce droit pendant 27 ans par une personne âgée et en situation handicap, avait porté gravement atteinte à sa bonne qualité de vie et à son droit à une couverture médicale²⁷.

Enfin, en Afrique, nous remarquons que la Charte africaine des droits de l'homme fait de cette sauvegarde de la santé une obligation mentionnant que « *toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. Les Etats partie à la présente charte s'engagent à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger la santé des populations et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie* »²⁸. La Commission africaine des droits de l'homme qui s'emploie à son application sans discrimination, exige que les détenus qui souffrent de maladies chroniques soient prioritaires dans l'administration des soins et que les diagnostics médicaux soient réalisés avec célérité²⁹.

²⁴Voir à propos Article 5 de la convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969 à la conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme.

²⁵Voir à propos l'Article 10 du protocole additionnel à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques sociaux et culturels, "protocole de san salvador".

²⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Cusul, pivaral Vs. Guatemala*. Exception préliminaire, fond réparation et dépens. Décision du 23 août 2018.

²⁷ Cour IDH. Affaire *Muelle Flores Vs. Peru*, exceptions préliminaires, fond, réparation, et dépens. Décision du 6 mars 2019. Serie C No. 375.

²⁸Article 16 de la charte africaine des droits de l'homme et du peuple.

²⁹ Aff : *Ken SaroWiwa*. Obligation d'hospitaliser le détenu lorsque sa santé dégrade.

Ce dispositif est évolutivement consolidé par un droit conventionnel et unilatéral produit par les organisations internationales. Il est obligatoire, d'application immédiate ou suivant l'approbation des Etats. De la première catégorie relève le règlement sanitaire international, seul instrument de droit dérivé adopté par l'assemblée de l'OMS. Il fixe les conduites à tenir et promeut des modèles de gestion en cas de crise sanitaire³⁰. Bien qu'étant enregistré comme un traité, il reste le seul acte unilatéral de l'OMS. De l'ordre du second, est la convention-Cadre pour la lutte anti-tabac. Traité-loi d'envergure universelle, il détermine une politique générale de lutte contre le tabagisme qui constitue une épidémie.

Moyens d'observation. Cette configuration normative détermine l'importance qui doit être accordé au droit à la protection de la santé dans toutes les politiques étatiques. Il est crucial que son observation soit exigée par l'implication active des juges constitutionnels qui légitiment les décisions des juridictions ordinaires et les actes législatifs en la matière, en cas de contestation³¹. Ce contrôle juridictionnel doit toutefois être accentué dans les pays en voie de développement³² représentés dans la présente étude par la Guinée, le Benin, le Sénégal où la santé, bien que bénéficiant d'un minimum de protection, fait l'objet d'une atteinte : tous des anciennes colonies françaises, ils obtinrent leur indépendance respectivement le 2 octobre 1958, le 1^{er} août et le 20 juin 1960. Ils conservèrent le modèle français de gestion administrative (notamment centralisée déconcentrée et décentralisée), qu'ils perpétuèrent avec des aménagements propres. Ainsi, dans le cadre de la protection sociale, la Guinée, jusqu'à présent dépourvue d'une couverture sanitaire maladie (elle examinait une possibilité de couvrir les soins sanitaires des fonctionnaires en

³⁰ DELGA S., « Un droit international public de la santé, contraignant pour les Etats ? », *Santé internationale*, Paris, édition presse universitaire de science po, 2011, p.486.

³¹ La protection des droits parmi lesquels figure la santé constitue de plus en plus le fondement de la compétence des juridictions ordinaires. On peut en effet constater que le Code de santé publique français aux termes de l'article 3216-1 donne compétence au juge judiciaire pour statuer sur la légalité des décisions individuelles relatives à l'admission, au maintien d'un patient en soins sans son consentement. Récemment il est aussi reconnu compétent de connaître les demandes tendant au contrôle des risques psychosociaux consécutif à la mise en œuvre d'un projet de restructuration. Par déduction, le juge administratif resterait compétent sur les litiges relatifs aux patients en hospitalisation ou en soins ambulatoire libre. Il est de même compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs édictés dans le cadre des soins sans consentement. Voir à propos CAA Bordeaux, 6 novembre 2012, n° 11BX01790, *L'actualité juridique. Droit administratif*, n° 21, 2013, p. 115-119. Toutefois, il est à préciser qu'en cas de contestation, par QPC leurs décisions dans ce domaine précis ne sont approuvées que par le Conseil constitutionnel. Ceci résulte de l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Il constitue une modalité de garantie juridictionnelle, notamment constitutionnelle des droits dans l'ordre interne.

³² A propos le comité onusien des droits sociaux économiques et culturels indiquait que les Etats en voie de développement doivent encourager les magistrats et les professionnels de justice à s'intéresser davantage dans l'exercice de leur fonction aux atteintes au droit à la santé. Voir CODESC, observation générale n°14, le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, 11/08/2000, E/C.12/2000/4.

prélevant 5% de leurs de leur salaire), s'est dotée d'un système sanitaire constituée d'un ministère régi par le décret n° D/2011/061/PRG/SGG du 2 mars 2011 et d'un cadre réglementaire spécifique. La structure ministérielle comprend 3 niveaux : central, intermédiaire (régional) et périphérique (préfectoral et communautaire). Le niveau central est chargé des fonctions de régulation du secteur, de l'orientation des actions, de la coordination et de l'allocation des ressources, le niveau régional du soutien technique des districts sanitaires et le niveau Préfectoral (district sanitaire) celui de la mise en œuvre de la politique de santé.

On peut du reste constater que le secteur y est régi par quelques rares normes législatives en faveur de la santé, en particulier pour la couche vulnérable de la population notamment les femmes et les enfants : la loi L010/AN/2000 portant sur la SR donne le droit à l'accès aux services SR/PF ; dans cette loi, deux types d'avortements sont autorisés (avortement médical et pour grossesse incestueuse) ; la loi et les textes interdisant les Mutilations Génitales Féminines (MGF) ; la loi L/2005/025/AN du 22 novembre 2011 adoptant et promulguant la loi relative à la prévention, la prise en charge et le contrôle du VIH/SIDA³³. Il faut toutefois noter que la plupart de ces lois souffrent d'une absence de mise œuvre.

Au Sénégal, le système de santé est organisé selon une structure pyramidale à trois niveaux : central (ministère de la santé), intermédiaire (Régions Médicales) et périphérique appelé district sanitaire. Le district est considéré comme l'aire géographique opérationnelle dans le scénario de développement sanitaire et social au Sénégal. En 2010, le Sénégal comptait 14 régions médicales et 75 districts sanitaires. L'offre de soins épouse l'architecture de la pyramide sanitaire. Au sommet, l'hôpital constitue la référence, suivi du centre de santé au niveau intermédiaire et des postes de santé au niveau périphérique. Ce dispositif est complété par l'offre du secteur privé, la médecine traditionnelle et au niveau communautaire, par des cases de santé qui constituent des centres de soins pluridisciplinaires ouverts dans des quartiers³⁴.

Schématiquement deux couvertures maladies s'offrent aux citoyens pour accéder aux soins de santé au Sénégal. Une première publique qui est constituée de l'assistance publique qui fournit les soins de santé primaire organisés de façon pyramidale. Elle concerne toute la population les non-salariés y compris. Une seconde privée réservée qu'aux salariés couvre les risques maladies

³³<https://scorecard.prb.org/wp-content/uploads/2018/05/Plan-National-de-De%CC%81veloppement-Sanitaire-2015-2024.-Guine%CC%81e.pdf>

³⁴<https://www.sante.gouv.sn/sites/default/files/planstrasen.pdf>

par un institut de prévoyance malade d'entreprise ou interentreprises. Elle a pour fondement le Code de travail qui dispose que l'affiliation est obligatoirement prise en charge par l'employeur pour le salarié et sa famille. La seule condition est que le salarié doit avoir cotisé au minimum deux mois avant de prétendre à la prestation que propose la couverture³⁵.

Enfin, à l'instar du Sénégal, le Bénin dispose d'un système de santé de type pyramidal avec trois niveaux : le niveau central constitué par le ministère de la santé, ses programmes et les hôpitaux nationaux, le niveau intermédiaire par les directions départementales de la (DDS) leurs services et les hôpitaux départementaux et le niveau opérationnel représenté par les zones sanitaires. Soulignons qu'en 2012 ce pays, a mis en place un régime d'assurance maladie universelle (RAMU). C'est un régime destiné à couvrir l'ensemble de la population moyennant le paiement d'une prime qui varie en fonction des revenus. Il est financé, d'une part, par les cotisations et d'autre part, par les collectivités. L'adhésion reste facultative. L'organisme chargé de la gestion des risques, de l'affiliation ainsi que du recouvrement des cotisations est l'agence nationale de l'assurance maladie (l'ANAM). Ce régime institué couvre le panier de soins suivants : consultations, soins et hospitalisations ; remboursement des médicaments mentionnés dans une liste définie ; examens de laboratoire, de radiologie et d'imagerie médicale ; vaccin obligatoire, appareillage léger de fabrication locale ; transport du malade en ambulance vers un établissement sanitaire ; prestation liée à la grossesse. Enfin le taux de prise charge est à 100% si l'assuré se rend dans un centre de santé d'arrondissement de commune ou hôpital de son lieu d'habitation, agréés par l'ANAM ; à 90% si l'assuré se rend dans un centre hospitalier départemental agréé par l'ANAM et à 80% si l'assuré se rend dans un centre hospitalier universitaire³⁶.

Quand bien même il y a eu des avancées dans ces pays notamment le Bénin et le Sénégal, des organisations internationales à vocation protectrices des droits humains enregistrent un manque d'accès aux soins des individus en milieu carcéral³⁷, une fréquente infliction des tortures par des agents de l'Etat chargés de maintenir l'ordre public³⁸, une faible protection des personnes vulnérables notamment les femmes ainsi que les enfants contre des actes préjudiciables à la santé

³⁵<https://fr.april-international.com/fr/sante-des-expatries/l-organisation-du-systeme-de-sante-au-senegal>.

³⁶https://sante.gouv.bj/MS_console/recherche_avancee

³⁷<https://bj.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/162/Rapport-2018-sur-les-droits-de-lhomme-au-Benin-Francais.pdf>,<https://sn.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/209/SENEGAL-HRR-2017-FRE-FINAL.pdf>.

³⁸<https://www.acatfrance.fr/public/rapport-guinee-juillet-2017.pdf>.

tels que les mutilations génitales féminines³⁹, les violences conjugales et enfin une permission des pratiques comme la dépigmentation volontaire de la peau qui est pernicieuse⁴⁰. Ce constat érode l'effectivité d'une réelle préoccupation de ces Etats pour la protection de la santé. C'est pour ces raisons particulières, parmi d'autres⁴¹, qu'ils doivent faire l'objet d'un suivi régulier mais surtout d'une amélioration des systèmes juridiques qui sont les leurs, sur le fondement de celui de la France à cause de la similitude des structures de l'organisation juridictionnelle notamment la dualité (juridiction administrative et juridiction judiciaire) et celle de la diversité des sources⁴², qui les caractérisent. Ces éléments de concordances les distinguent du système juridique anglais qui, ayant essentiellement pour socle la jurisprudence (les règles édictées par les tribunaux au fil du temps), est constitué d'un seul ordre juridictionnel⁴³. Ce travail de perfectionnement nécessite un préalable de *précision terminologique* (I), d'un *contexte* (II), d'une *problématique qui en émane* et la présentation d'une *démarche* donnant naissance à un *plan* (III).

³⁹ <https://www.unicef.ch/fr/notre-travail/programmes/la-lutte-contre-lexcision-en-guinee>.

⁴⁰ KOUSSE M., *dépigmentation et crise identitaire en Afrique noire*, Paris, édition Connaissances et Savoir, 2016, p.14.

⁴¹ Le refus d'une hospitalisation administrative spontanée des personnes démentes et la brève implication des magistrats pour la justification de la restriction de leur liberté si celle-ci est faite à la demande des tiers. Aussi l'éducation à la santé y est très rarement faite...etc

⁴² Parlant des sources diverses du droit, il y en a deux catégories : les sources directes qui émanent des institutions nationales et internationales et qui sont contraignantes pour les sujets de droit. Il s'agit des normes écrites que sont la Constitution, les lois, les traités internationaux, les règlements administratifs, les décrets et les arrêtés. Quant aux sources indirectes, elles interviennent souvent en application des textes existants ou sont des sources d'inspiration de nouveaux textes. Ce sont par exemple la jurisprudence et la doctrine. Cette double classification française est maintenue en Afrique francophone, avec des différences de fond. Nous faisons par exemple allusion aux traités régionaux qui constituent une référence importante : Si on parle de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en Europe, en Afrique il est question d'une Charte africaine des droits de l'homme. A propos des sources de droit voire FABRE-MAGNAN M., « les sources du droit » *introduction au droit*, Paris, presse universitaire de France, 2018, Pages 33-75. Voir aussi GOLTZBERG S., « les sources du droit » *les sources du droit*, Paris, presse universitaire de France, 2018, pages 37-87.

⁴³ Cette dualité qui constitue une particularité de la France fait que les Etats d'Afrique qu'elle a colonisée et qui l'ont imité ne peuvent par exemple choisir de se référer au système juridique anglais qui, lui est caractérisé par un seul ordre juridictionnel. De plus, la jurisprudence est la principale source du droit et la règle du précédent contraint les juges à se référer aux décisions antérieures rendues par les tribunaux. Voir à propos GILLES D., « From substantial justice to the jurisprudence determined : le droit naturel dans les mains des juges de common law. XVIII^{ème} –XIX^{ème} siècle » *un dialogue juridico-politique : le droit naturel, le législateur et le juge*, AIX-Marseille, presse universitaire, 2010, pages 305-337. Cette distinction est très importante d'autant plus que l'existence d'une juridiction particulière, la justice constitutionnelle en l'occurrence, en est en partie dépendante : ceci s'explique par exemple par le seul fait que lors d'un procès, un justiciable manifeste son désir de saisir le Conseil constitutionnel par qu'il estime que la loi qui doit lui être appliquée par l'un de ces deux ordres de juridiction (judiciaire ou administratif) en charge du procès dont il est sujet, est contraire aux droits et libertés consacrés par la Constitution.

I-Précision des termes d'étude

Pour permettre une lisibilité de l'exposé lié à la présente étude, il est préalablement nécessaire d'aborder la sémantique de la *protection (A) du droit à la protection de la santé distinct du droit à la santé(B)*, et de la *Constitution (C)*.

A- Du concept de protection

La protection selon Gérard Cornu est « *une précaution qui, répondant au besoin de celui ou de celle qu'elle couvre, et répondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne, un bien contre un risque, à garantir sa sécurité et son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels. Elle désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif)*⁴⁴. François Brugnon considère pour sa part que « *le concept de protection possède une dimension essentiellement pratique : protéger n'est ni dire ni écrire, c'est aussi, essentiellement intervenir, agir* »⁴⁵. Ces acceptions se résument par des précautions institutionnelles, mais concrètes consistant à protéger des individus ou des groupes d'individus⁴⁶ contre des atteintes et risques en l'occurrence sanitaires. Dans le système juridique français que nous transposerons à quelques Etats d'Afrique francophones, elles sont présentées comme un ensemble d'institutions et de mécanismes accessibles et efficaces permettant d'exiger des personnes publiques et privées l'observation des droits parmi lesquels figure la santé. Elle est juridictionnelle (1) et non juridictionnelle (2).

1- Protection juridictionnelle

La protection juridictionnelle est faite par les juges ordinaires (judiciaire et administratif) et la justice constitutionnelle. En effet, la Constitution française met en première ligne les juges nationaux en prévoyant que nul ne peut être détenu arbitrairement et que l'autorité judiciaire est

⁴⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, Paris, PUF, 1987, p.618.

⁴⁵ BRUGNON F., « Le Comité internationale de Croix-Rouge et la protection des victimes de guerre » *in Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n°775, Février 2005, P.11.

⁴⁶ La notion est le plus souvent affectée à la préservation des droits d'un groupe de personnes tels que les minorités. Ils constituent une catégorie de personnes à laquelle est de nos jours reconnu un droit spécifique ayant au départ un fondement international (le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), puis interne. Voir MARKARD S., « La protection des minorités en droit international » *la question kurde*, Paris édition complexe 1991, pages 115-134. Aussi dans l'ordre interne RICHARD P., « La loi-cadre sur la protection des minorités linguistiques historiques en Italie : entre sincérité et opportunité », *Revue française de droit constitutionnel*, n°45, Vol 1, pages 55-66.

gardienne de ce principe⁴⁷. Il en résulte que seul un magistrat autorise l'atteinte à une liberté individuelle par une mesure provisoire telle que la prolongation d'une détention en garde-à-vue⁴⁸. Aussi, le Code de procédure pénale dispose que le juge judiciaire sanctionne toute atteinte aux libertés individuelles et au domicile⁴⁹. Du reste l'existence depuis 2000⁵⁰ d'un référé liberté, fait du juge administratif un protecteur des droits. Cette procédure lui permet de prononcer à l'encontre de l'administration une injonction consistant à mettre fin à une atteinte à une liberté fondamentale⁵¹. Enfin, à côté de ces mécanismes de protections se trouvent ceux qu'offre le Conseil constitutionnel. Le contrôle par voie d'action et par voie d'exception.

2- Protection non juridictionnelle

Des autorités administratives indépendantes chargées de contrôler l'administration dans sa mission de satisfaction du service public assurent ce type de protection. Elles sont de deux catégories : les premières ne sont dotées que des pouvoirs de recommandation, de suggestions des normes législatives, réglementaires ainsi que des pratiques professionnelles. Nous pouvons à titre d'exemple citer la Commission nationale de déontologie et de la sécurité qui veille à ce que les personnes exerçant les activités de sécurité respectent la déontologie⁵². Aussi, le médiateur de la République⁵³, institution qui a depuis 2011, laissé place au défenseur des droits⁵⁴. Il intervient à l'initiative des usagers pour les aider à régler les différends qui les opposent à l'administration dans sa mission de satisfaction du service public. A ce titre il contribue par le dialogue à la garantie des droits.

Les secondes sont dotées d'un pouvoir de décision et agissent dans des domaines spécifiques de l'administration. A titre illustratif, la Haute autorité de santé qui a pour domaine d'intervention l'appréciation de l'utilité médicale de l'ensemble des actes, prestations et produits de santé pris

⁴⁷ Article 66 de la Constitution française de 1958

⁴⁸ SALLE D., « L'article 66 un habeas corpus à la française ? », *Cahier de la justice*, n°1, vol 1, 2010, p. 61. Voir aussi a propos, COHEN D., « Le juge gardien des libertés ? », *Pouvoir*, n°130, vol 1, pages 113-125.

⁴⁹ Article 136 du code de procédure pénale.

⁵⁰ Loi n°2000-597 relative au référé devant les juridictions administratives, JO n°151 du 1^{er} juillet 2000.

⁵¹ Voir article 16 de la loi d'institution des référés devant le juge administratif.

⁵² Elle fut instituée par la loi du 6 juin 2000 et réaménagé par la loi n°2011-334 du 29 mars 2011 :

⁵³ Il fut créé par la loi n°73-6 du 3 janvier 1973. Peu de temps après, son indépendance est renforcée par la loi du 13 janvier 1989. 1992 par la loi du 6 février 1992 des personnes morales sont autorisées à le saisir. Huit ans après, par la loi du 12 Avril 2000, il lui est permis de s'autosaisir en matière de réforme. Pour consacrer l'existence des délégués, définir leur rôle, en instaurant la présentation d'un rapport annuel au parlement.

⁵⁴ Connue sous le nom de défenseur des droits, il est créé par une révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et institué par la loi organique du 29 mars 2011.

en charge par l'assurance maladie. Elle fait aussi la certification des établissements de santé. Enfin, elle promeut des bonnes pratiques et de bons usages des soins auprès des professionnels de santé et du grand public⁵⁵. Nous avons aussi le Comité national consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Il relève des problèmes éthiques et questions de société soulevée par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé⁵⁶.

B- Du droit à la protection de la santé distinct du droit à la santé

« Le droit à la protection de la santé » concept retenu par la doctrine et les normes⁵⁷ françaises, est distinct « du droit à la santé », préférence des Constitutions d'Afrique francophones et textes internationaux qu'il faut préalablement présenter. Les deux sont toutefois partie intégrante du droit de la santé, un domaine d'étude, dont il faut préciser la spécificité.

Droit à la santé. « *Droit en émergence* »⁵⁸, le droit à la santé est différemment défini par des personnes physiques et morales. C'est selon l'OMS un droit aux soins. C'est ce qu'exprime le préambule de sa constitution : la possession *d'un meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain* ». S'inscrivant dans une logique internationale de contrainte des Etats, Michel Borgetto⁵⁹ le définit comme étant un droit auquel aucune atteinte ne doit être portée sous aucun prétexte. Il s'agit alors d'une obligation négative (dite d'abstention) de dégrader la santé de quelque manière que ce soit. A l'opposé, il devient ce droit pour lequel l'Etat doit prendre des mesures nécessaires afin de protéger et prévenir la détérioration. Ceci correspond à une obligation positive. Pour le Comité international des droits sociaux économiques, le droit à la santé est très inclusif. Il a une étendue très vaste et englobe tout facteur qui contribue à favoriser un mode de vie sain. Il concerne l'approvisionnement en eau potable, une alimentation saine, un logement décent, des conditions

⁵⁵ Elle fut instituée par la loi n°2004-810 du 13 Août 2004 relative à l'assurance maladie.

⁵⁶ Il a été institué par l'article L. 1412-2 du Code de la santé publique issu de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁵⁷ Ceci est indiqué dans l'alinéa 11 du préambule de la Constitution française de 1958. En plus depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, l'article L 1110-1 CSP faisant mention « du droit fondamental à la protection de la santé ».

⁵⁸ GUILLOD O., SPRUMONT D., « Le droit à la santé : un droit en émergence », *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 337 ; KRAUS D., SCHMIDT A., « Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international », *RSDS*, 2006, n° 2, p. 91.

⁵⁹ BORGETTO M., « La santé dans l'histoire constitutionnelle française », *RDSS*, 2013, p. 9.

de travail et environnementales saines, une éducation à la santé, à la diffusion d'informations sanitaires...Il s'agit des « *facteurs déterminants pour la santé* »⁶⁰. La plupart de ces éléments, caractérisent une perception propre à l'Afrique notamment francophone. En d'autres termes, si l'on peut constater qu'en Afrique francophone, il n'existe pas une définition propre au concept du « droit à la santé » qui est pourtant majoritairement retenu dans leurs Constitutions respectives, on peut, en considérant ces facteurs qui représentent un idéal de réalité à vivre, le définir : les questions d'une saine alimentation, d'un environnement sain, d'une eau potable y étant plus prégnantes et nécessaires pour prévenir la dégradation sanitaire, le droit à la santé y est réductible, ce qui ne veut pas dire qu'on méconnaît les autres aspects tels que l'accès aux soins mais on tient compte de ceux qui sont déterminants tels que le souligne Comité des droits de l'homme.

Droit à la santé, un droit à plusieurs composantes. Le droit à la santé est essentiellement composé du droit d'accès aux soins appropriés et du droit de ne pas subir d'atteintes à la santé. Le premier élément, le plus souvent mis en avant ou le plus concret, a deux faces. La première présente un droit objectif, consacré pour tous, et subordonné aux politiques publiques d'offre des soins. La seconde présente un droit subjectif reconnu aux personnes vulnérables (enfant, malades au pronostic vital engagé)⁶¹. Cet aspect du droit à la santé s'enracine dans le Code de santé publique français qui dispose que « *toute personne, a compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue* », « *aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* »⁶².

Droit à la protection de la santé. Plus approprié, ce concept qui bénéficie d'une reconnaissance constitutionnelle⁶³ en France, indique à l'opposé du « droit à la santé » que la garantie de la santé est un droit-créance nécessitant l'intervention de l'Etat mais avec des limites. Il laisse entendre que l'Etat n'est pas garant de la « bonne santé » de ses protégés. Celle-ci demeure subordonnée à des facteurs comme la constitution biologique, des conditions socioéconomiques dont il n'a pas

⁶⁰ Ces caractéristiques importantes ainsi que d'autres relatives au droit à la santé sont pour la plupart explicitées dans l'Observation générale no 14 (2000) sur le droit à la santé, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

⁶¹ BIOY X., *Droit fondamentaux et libertés publiques*, Paris, édition Lextenso 2017, p.277.

⁶² Les articles L.1110-5 et L.1110-3 du Code de santé publique français.

⁶³ Alinéa 11 du préambule de la Constitution française de 1958.

la maîtrise. Le droit à la protection de la santé renvoie donc à la mise en œuvre des biens, des services ainsi que les infrastructures qui favorisent les conditions nécessaires de sa réalisation⁶⁴. Le juge constitutionnel français l'envisage comme une obligation d'agir du législateur et des ministres qui en ont la charge⁶⁵. C'est une intervention publique recouvrant selon les ressources, l'organisation d'un système de soins⁶⁶ et la mise en place d'une assurance maladie assurant l'accessibilité financière⁶⁷. Dans la même veine, la Cour de justice de l'Union européenne précisait que chaque Etat doit tenir compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité CE et qu'il leur appartient de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé⁶⁸. Soulignons en revanche que ce droit constitue un objectif devant être immédiatement atteint indépendamment du degré des moyens de chaque Etat. C'est ce qu'énonce la Déclaration universelle, reprise par le pacte international relatif aux droits sociaux économiques et culturels de 1966 exigeant des mesures immédiates de prévention et d'éradication des maladies. Il est aussi question de l'élaboration des lois ainsi que des plans d'action. C'est une précision donnée par le juge constitutionnel français dans certaines décisions⁶⁹ soit directement ou indirectement, qualifiant le droit à la protection de la santé d'objectif de valeur constitutionnelle, une création prétorienne qui constitue une orientation du législateur et une détermination de la conduite de celui-ci dans le cadre de l'adoption des dispositions législatives qui développent la protection des droits consacrés par la Constitution⁷⁰.

⁶⁴ Observation générale no 14 (2000) sur le droit à la santé, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

⁶⁵ Décision 91-296 DC du 29 juillet 1991 relative à la loi portant mesure d'ordre social.

⁶⁶ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, J.O. 28 juillet 1999.

⁶⁷ En substance ce droit se traduit par un droit à l'assurance sociale, mais il se rapporte aussi à la mise à disposition des moyens matériels et humains permettant d'assurer la protection de la santé. Voir MATHIEU B., « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, p. 61.

⁶⁸ CJCE, 16 déc.2010, aff. C-89/09, *Commission c.France*, n°41. CJCE, 11 sept. 2008, aff. C-141/07, *Commission/Allemagne*.

⁶⁹ Décision N°74-54 DC du 15 janvier 1975. En savoir plus à propos, RASSU. F, « la protection de la santé : un objectif à valeur constitutionnelle non modifié par la QPC » *RGDM*, n°54, 2015, pages 67-78.

⁷⁰ MONTALIVET P., « les objectifs de valeur constitutionnelle », *cahier du conseil constitutionnel*, N°20, 2006.

Droit à la santé et droit à la protection de la santé, constitutifs du droit de la santé. Le concept Droit de la santé fréquemment utilisé⁷¹ présente l'image d'un domaine d'étude en plein essor. Il fut au départ appréhendé en France comme un « *droit applicable aux actions de santé* »⁷². Il sera par la suite présenté comme « *un ensemble de règles applicable aux activités dont l'objet est de restaurer la santé humaine, de la protéger et d'en prévenir la dégradation* »⁷³. Il dispose donc d'une unité fonctionnelle⁷⁴. Cependant, eu égard à l'évolution scientifique, cette acception doit être élargie du fait que la santé ne soit plus restreinte à l'acte médical thérapeutique mais englobe d'autres concepts tels que l'interruption volontaire de grossesse, recherche, AMP, stérilisation, prélèvement. Font donc partie du droit de la santé, les questions afférentes à la biomédecine. En dehors de cet aspect, le droit de la santé se présente actuellement par « *la mise en place d'une administration de la santé* »⁷⁵ et s'emploie à « *régir, réglementer et réguler les relations entre les soignants et les patients* »⁷⁶.

Bien qu'ayant fait l'objet d'une définition estimable, la nature de ce droit prête à controverse. Car, si certains auteurs affirment qu'il constitue une branche du droit⁷⁷ ayant une place dans l'ordre juridique interne, d'autres s'y opposent catégoriquement⁷⁸. Ces derniers prennent appui sur la définition d'une branche de droit qui ne fait non seulement pas l'objet d'un consensus mais dont le contenu appliqué au droit de la santé, laisse comprendre que la qualification de ce dernier comme tel, si elle n'est pas incohérente, est susceptible de critiques : une branche du droit « *doit revêtir une certaine unité*⁷⁹, *une cohérence*⁸⁰ qui se traduit le plus souvent par un objet⁸¹, une finalité⁸² ou des moyens particuliers et la question de l'autonomie qui semble constituer des

⁷¹ PÉDROT P., (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Dictionnaires de droit, Ellipses, 2006, p. 476. AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 508. CLÉMENT J.-M., *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2005, p. 209. FORGES J.-M. (de), *Le droit de la santé*, Paris, Que sais-je ? PUF, 2012, p. 128.

⁷² AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 1981, p. 13.

⁷³ FORGES J.-M. (de), *Le droit de la santé*, Paris, Que sais-je ? PUF, 2012, p. 7.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Thémis, Edition PUF, 2012, p. 5.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ CLÉMENT J.-M., *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, Edition LEH, 2005, p. 11. Plus spécifiquement concernant le droit médical, voir : BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010, 555 p.

⁷⁸ CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 63.

⁷⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 4.

⁸⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 614.

⁸¹ Ibid.

⁸² BROSSET E., *Cours de droit de l'Union européenne de la santé*, Master 2 droit privé et public de la santé, Aix-Marseille III, 2009-2010.

difficultés ». Si pour certains ce dernier critère est important pour qualifier une discipline d'une branche de droit, pour d'autres il n'est pas du tout nécessaire. La nécessité d'une distinction entre l'autonomie⁸³ et l'existence des branches du droit se pose. Le doyen Georges Vedel a d'ailleurs précisé cette question affirmant que « *face à une division du droit il convient de s'interroger sur sa portée. S'agit-il d'un simple regroupement pédagogique et pratique⁸⁴ de normes issues de disciplines éparses dont elles ne remettent pas en cause la substance et que l'on pourrait qualifier de champ interdisciplinaire ou, au contraire, s'agit-il d'« un corps de principes jouant de façon autonome* » ?

Tirée du grec, l'autonomie perçue comme « *le droit de se régir par ses propres lois* »⁸⁵, est une notion qui a quelquefois été qualifiée d'« *auberge espagnole* »⁸⁶ pour sa « *minceur juridique* »⁸⁷. Pour des auteurs, elle désigne une séparation organique⁸⁸. Elle peut difficilement être appliquée aux branches du droit parce que « *ni le parlement, ni le gouvernement ne peuvent être exclus de certaines matières du droit* »⁸⁹. Elle peut, en revanche être admise quand il s'agit de l'exercice du pouvoir juridictionnel lorsque les compétences sont spécialisées par branches⁹⁰. Dans cette hypothèse, la division du droit résulte de la compétence spécifique d'une juridiction et la division du fond suit la division procédurale⁹¹. Comme exemple le droit administratif a été considéré comme étant autonome du droit civil du fait de la compétence des juridictions administratives dans le cadre d'un contentieux spécifique.

Enfin, cette autonomie est appréhendée sur la base d'un critère conceptuel, c'est-à-dire en tenant compte du fait que « *la réalité d'une branche du droit découlerait de l'autonomie de ses*

⁸³ FEUILLET-LE-MINTIER B., « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in FEUILLET-LE-MINTIER B. (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Paris, Études juridiques, Economica, 2003, p. 3 ; CADEAU E., « Sur « l'autonomie » du droit de la santé... publique. À partir d'un texte édifiant du Doyen Jean Carbonnier », in FIALAIRE J., MONDIELLI É., *L'homme, ses territoires, ses cultures. Mélanges offerts à André-Hubert Mesnard*, Paris, Décentralisation et développement local, LGDJ, 2006, p. 311.

⁸⁴ EDEL G., « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, IPA-IAE, 1981, p. 770

⁸⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007, p. 94.

⁸⁶ ERZOG R., « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 445.

⁸⁷ *Ibid*

⁸⁸ *Ibid.*, p. 460.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 460.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 461

⁹¹ GRUA F., « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, n° 1, p. 59 et s., § 12.

principes et de ses concepts par rapport au droit commun »⁹². Ainsi, il est possible de reconnaître l'autonomie lorsque l'application des principes et des concepts d'une autre branche du droit conduirait à des « inexactitudes »⁹³.

En rattachant ces illustrations relatives à l'autonomie au droit de la santé, il ressort avec évidence que la majeure partie de la réflexion doctrinale se soit concentrée sur la responsabilité médicale. Comme exemple illustratif C. Atias indiquait que « *pour découvrir le droit de l'erreur de diagnostic, il faut (...) se situer dans le domaine de la responsabilité et plus particulièrement dans le domaine de la responsabilité contractuelle et plus étroitement encore dans le domaine de l'obligation de moyen. À emprunter un tel chemin, l'observateur ne laisse guère de chance à la spécificité du droit médical* »⁹⁴.

Le droit de la santé demeure malheureusement nouveau en Afrique francophone et ne pourrait être envisagé que sur le fondement des recommandations des organes de protection des droits tel que le Comité onusien des droits sociaux, économiques et culturels. Il s'agirait par exemple de la référence faite aux facteurs déterminants pour définir le droit à la santé (à l'africaine), élément constitutif de cette discipline. Il peut ensuite être envisagé par une transposition de la perception française de ce droit tout en précisant quelques particularités : la prohibition de l'interruption volontaire de la grossesse avec des exceptions contrairement à la France qui l'autorise avec des limites.

C- De la Constitution

Sont notoires ses appréhensions matérielles et formelles. Toutefois, ces conceptions françaises, bien qu'admises en Afrique francophone, y sont galvaudées par les réalités.

La Constitution au sens matériel. Dans cette première conception, elle est traditionnellement définie comme un ensemble de dispositions destinées à l'organisation des pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions et les libertés des citoyens. Cette définition est reprochée d'être subjective, circulaire et juridiquement insaisissable. Elle est subjective parce qu'elle fait l'objet de plusieurs interprétations. Circulaire parce qu'elle énumère des concepts dont la définition est

⁹² CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013, p. 63.

⁹³ VEDEL G., « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, IPA-IAE, 1981, p. 770.

⁹⁴ ATIAS C., *Épistémologie juridique*, Paris, Précis, Dalloz, 2002, p. 117.

subordonnée à la notion de Constitution. Elle est juridiquement insaisissable parce que ces différents concepts n'ont pas encore une acception précise. Ce subjectivisme est alors comblé par une autre définition fondée sur le caractère fondamental et fondateur de la Constitution. C'est-à-dire qu'elle donne naissance aux normes, donc, sans elle, celles-ci n'existeraient jamais. Il s'agit alors d'un ensemble de normes de production des normes générales et abstraites. Cependant, si cette normativité est souvent critiquée sur le fondement du caractère politique de la Constitution, elle est subordonnée au contrôle de constitutionnalité des lois.

La Constitution au sens formel. Selon cette seconde conception, elle constitue un arsenal de norme qui décrit la spécificité juridique de chaque document qualifié comme tel dans différents Etats ou ordres juridiques. Cette seconde acception permettrait donc distinguer des textes qui portent ce nom de tant d'autres qui ne le portent pas. Ce ne sont donc que des considérations formelles des normes et non le contenu⁹⁵.

Réalité de la Constitution en Afrique francophone. Norme supérieure dite protectrice des droits et libertés fondamentales en Afrique francophone, elle demeure, soit instrumentalisée par le pouvoir en place ou déstabilisée par les suites de révisions en dépit de sa rigidité présentée. Pire elle est fréquemment concurrencée par des accords politiques à la portée juridique équivoque. Il s'agit d'un discrédit du sens commun de la Constitution dans laquelle transparait une incertitude de l'effectivité de sa supériorité⁹⁶.

II - Contexte d'étude

De ces précédentes descriptions nous obtenons un rapport étroit de protection entre la santé, la Constitution et les juges notamment constitutionnels que nous retenons dans cette présente étude. L'existence d'une Constitution est substantiellement fondée sur la protection des droits et libertés⁹⁷, confortée par le rôle du Conseil constitutionnel⁹⁸ qui constitue une catégorie du

⁹⁵FAVOREU L., GAIA. P.&alii, *Droit constitutionnel*, Paris, édition Dalloz, 2016, p.78.

⁹⁶<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-sens-d-une-constitution-vu-de-l-afrique>

⁹⁷ Il existe un rapport étroit entre la Constitution et les droits et libertés. C'est cet esprit qui a guidé la rédaction de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789. C'est ce que démontre Philippe Ardent rappelant l'observation de Jean-joseph Mounier : « *Pour qu'une Constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme et qu'elle les protège évidemment* ». ARDANT Ph., « Les constitutions et les libertés », *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 61

⁹⁸Il s'agit du Contrôle effectué à l'issue d'une saisine a priori ou a postériori (article 61, 61-1 de la Constitution française de 1958).

contrôle juridictionnel. Si en France cette garantie de la santé par le juge constitutionnel a connu une évolution (A), l'Afrique francophone qui l'imita enregistre en revanche un bilan critique (B).

A- Aperçu sur le droit à la protection de la santé par le juge constitutionnel français

Si le juge constitutionnel français est apprécié pour son implication dans la protection de la santé (1), il n'échappe pas pour autant aux critiques de la doctrine (2).

1- De l'implication du juge constitutionnel français

Consacré comme objectif de valeur constitutionnelle depuis 1975 jusqu'à nos jours, la santé a fait l'objet de multiples protections à travers des contrôles de constitutionnalité. Elle éclot par celui de la loi liée à l'interruption volontaire de grossesse, que le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution, affirmant que la garantie à l'enfant d'une protection sanitaire, dans l'alinéa 11, est un principe constitutionnel⁹⁹. « La santé de la mère » y est envisagée comme un droit individuel¹⁰⁰ et un droit de défense empêchant toute immixtion dans le processus vital de l'embryon¹⁰¹. Aussi le Conseil a considéré en 1991 que la prohibition des formes de publicité du tabac est fondée sur la protection de la santé¹⁰². De même, en 1994, c'est en rapport à cette sauvegarde de la santé, qu'il indiquait que « *la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité¹⁰³, l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité* » sont des principes législatifs qui tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de la sauvegarde de la dignité de la personne¹⁰⁴.

⁹⁹Décision N°74-54 DC du 15 janvier 1975 loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

¹⁰⁰ BYK Ch., « La place du droit à la protection du droit à la santé au regard du droit constitutionnel français », *Revue générale de droit*, n°2, vol 31, p.348.

¹⁰¹GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Thèse Droit, Université d'Aix-Marseille, 2001, p. 177.

¹⁰²« Considérant que l'article 3 de la loi n'interdit, ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; qu'est réservée la possibilité d'informer le consommateur à l'intérieur des débits de tabac ; que la prohibition d'autres formes de publicité ou de propagande est fondée sur les exigences de la protection de la santé publique, qui ont valeur constitutionnelle ; qu'il suit que l'article 3 de la loi ne porte à la liberté d'entreprendre une atteinte qui serait contraire à la constitution ». Décision N°90-283 DC du 8 janvier 1991. La loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. Cons.5.

¹⁰³L'inviolabilité du corps est l'un des principes qui établit aussi un rapport étroit entre le droit à la santé (l'accès aux soins) et cette décision juge constitutionnel français. C'est un principe qui a pour finalité la protection du corps humain contre les atteintes d'un tiers. Il est invocable dans les relations médicales, notamment entre patient et médecin. Le premier pouvant l'opposer au second, qui se doit de le respecter. Il faut cependant le considérer comme « *un rempart et non comme une prison. Ce n'est pas que l'être humain soit intouchable, mais qu'il est respectable* ». Voir à propos KERLAGUEN F., « Le consentement à l'acte médical », *Revue juridique de l'Ouest*, n°1, 1999, p. 33.

¹⁰⁴« Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principe au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence du caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés

Guillaume Drago en convient affirmant que ce principe de dignité humaine tiré du préambule de 1946 par le juge constitutionnel forme « une matrice générale » du droit à la protection de la santé¹⁰⁵. En 1999, c'est en promouvant la protection sanitaire qu'il estimait que le rôle exclusif conféré aux organismes d'assurance par la loi, en ce qui concerne l'instruction des demandes d'admission à la CMU, se justifiait par l'intérêt général qui s'attache à la mise en place d'un « guichet unique » en vue de favoriser l'exercice effectif de leurs droits par des personnes souvent désemparées face aux démarches administratives¹⁰⁶. En 2015, il a considéré qu'aucun principe constitutionnel ne fait obstacle au choix du législateur de fonder un droit universel aux prestations en nature avec une pluralité d'organismes gestionnaires. Il a d'abord relevé qu'en instaurant un régime d'assurance sociale pour couvrir les charges de maladie et de maternité de l'ensemble des personnes résidant en France de façon stable et régulière ainsi que pour garantir contre les risques susceptibles de réduire ou supprimer les revenus des travailleurs, le législateur a mis en œuvre les exigences énoncées par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹⁰⁷. Cette précision converge avec celle de 2010 sur la branche accident du travail et maladie professionnelle de la sécurité sociale où il considérait qu'en instaurant un régime d'assurance sociale des accidents du travail et des maladies professionnelles, la loi du 30 octobre 1946 susvisée a mis en œuvre les exigences énoncées par le onzième alinéa du 11 Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946¹⁰⁸. Il y a relevé que les dispositions contestées ne portaient que sur « des règles de gestion de la prise en charge des frais de santé des personnes auxquelles est assurée cette protection sociale » et en a déduit que les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 n'étaient pas méconnues¹⁰⁹. Enfin, il rappelait récemment en appréciant le dépassement d'honoraires porté devant lui, sur le fondement d'une supposée inégalité, que selon l'article 6 de la Déclaration française des droits de l'homme et citoyen de 1789 « *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente les situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre

tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». Décision n°94-343/344DC du 27 juillet 1994, cons.18.

¹⁰⁵DRAGUO G, « droit à la santé : un droit constitutionnel effectif ? », *Revue juridique de l'Ouest*, n° spécial 2015, p.23.

¹⁰⁶Décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, loi portant création d'une couverture maladie universelle.

¹⁰⁷ Décision n°2015-723 DC du 17 décembre 2015. Cons.20.

¹⁰⁸ Décision N°2010-8 QPC du 18 juin 2010, époux L. faute inexcusable de l'employeur, Cons. 11.

¹⁰⁹Décision n°2015-723 DC du 17 décembre 2015. Cons.20.

cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Cette intervention confirme que le droit à la santé ne doit pas être perçu exclusivement comme le strict respect des droits des malades, mais la protection des intérêts professionnels, notamment leur rétribution¹¹⁰.

Ces décisions sur la santé, loin d'être complètes établissent l'efficacité du juge constitutionnel mais démontre en revanche les limites du dispositif constitutionnel qui est censé dissuader toute inobservation textuelle (l'adoption des textes inconstitutionnels) ou professionnelle (la violation des principes) du droit à la protection de la santé.

2- Des critiques sur le juge constitutionnel et sa norme de référence

La constitutionnalisation du droit à la protection de la santé consolidée par le rôle protecteur du Conseil constitutionnel n'est pas aussi dissuasive que pensait l'être le constituant français. Ceci s'explique par le fait que des inconstitutionnalités majoritairement partielles n'ont cessé d'être détectées : en 1990 les articles 24 et 27 de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et la santé ont été déclarés contraires à la Constitution¹¹¹. En 1991, l'a été l'article 12 de la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme¹¹². En 1999 l'article 42 de la loi portant création d'une couverture maladie universelle¹¹³. En 2000 les articles 2, 3, 4, 7, 24, 29 39 45 et 46 de la loi financement de la sécurité sociale de 2001¹¹⁴. En 2003 les articles 6, 13, 35, 39 et 77 de la loi de financement de sécurité sociale de 2004¹¹⁵. En 2015 les articles 23, 35, 62 de la loi portant financement de la sécurité sociale 2016¹¹⁶. En 2019 l'article 8 de la loi portant financement de la sécurité sociale 2020¹¹⁷.

Outre ces suspicions liées à ses outils de référence, il est démontré par la doctrine que le Conseil constitutionnel français, par ses décisions, se montre très audacieux mais il n'est pas pour autant exempt de critique quand il s'agit de protéger des droits qui sont très importants tel que le droit à la protection de la santé. Ainsi, Remi Pellet affirmait que sa jurisprudence liée aux dépenses de

¹¹⁰Décision n°2019-792 QPC du 21 juin 2019. Cons.4.

¹¹¹ Décision n°89-269 DC 22 janvier 1990 liée à la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et la santé.

¹¹² Décision n°90-283 DC 8 janvier 1991 liée à la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

¹¹³ Décision n° 99-416 DC 23 juillet 1999 liée à loi portant création d'une couverture maladie universelle.

¹¹⁴ Décision n° 2000-437DC 19 décembre 2000 liée à loi de financement de la sécurité sociale pour 2001.

¹¹⁵ Décision n° 2003-486 DC 11 décembre 2003 liée à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004.

¹¹⁶Décision n° 2015-723 DC 19 décembre 2015 liée à loi de financement de la sécurité sociale pour 2016.

¹¹⁷ Décision n°2019-795 DC du 20 décembre 2019 liée la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.

santé, limitait le droit des patients à la protection de la vie privée, au nom de « l'équilibre financier de la sécurité sociale », alors que ce même principe n'apportait pas de limite au principe d'égalité des médecins devant les charges publiques¹¹⁸. Il est également établi, que « *la constitutionnalité des dispositions législatives exigeant des conditions à remplir pour bénéficier de l'aide médicale d'Etat, restreignent celle-ci* »¹¹⁹. Enfin, critiquant deux décisions¹²⁰ du Conseil constitutionnel qui censurent les dispositions liées aux lois portant sur la transparence de la vie publique au motif de leur non-conformité au droit au respect de la vie privée, Anne Laude soutenait qu'il en découle des interrogations sur le devenir des mécanismes visant, depuis deux décennies, à la prévention et à la régulation des conflits d'intérêts en santé. Cette absence de garantie préventive résulterait selon nous, de l'abstention d'interpréter largement, voire par ricochet des dispositions constitutionnelles en vue de faire suffisamment bénéficier le droit à la protection de la santé. Dans sa décision afférente à la maîtrise de l'immigration, le Conseil constitutionnel français indique qu'il n'existe pas de principe assurant aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès sur le territoire national¹²¹. Mais le législateur peut y faire une dérogation en tenant compte des circonstances exceptionnelles. Ainsi, l'étranger gravement malade, peut avoir droit à l'asile politique s'il s'avère qu'en France, il pourrait bénéficier des soins qui ne peuvent lui être administrés dans son pays d'origine. Cette directive du Conseil constitutionnel fait référence à, il était utile de le préciser, toute dégradation corporelle d'une certaine gravité. Imprécise, nous soutenons qu'elle porte soit, sur toute maladie résultant d'une condition sociale inconfortable soit est la conséquence d'une pratique dégradante. Cette seconde perception peut être illustrée par les effets de l'excision qui est une pratique attentatoire au droit au respect de la dignité de la personne humaine parce que qualifiable de torture et traitement inhumain et dégradant ayant pour conséquence l'altération de la santé. La Cour européenne des droits de l'homme indiquait à propos que « *cette pratique dépasse un seuil de gravité pour être interdite par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme* »¹²². Cette

¹¹⁸ PELLET R., « Le juge constitutionnel et la maîtrise des dépenses de la santé », *Les tribunes de la santé*, n°5, vol 4, 2004. Pages 77-91.

¹¹⁹ <https://revdh.org/2011/01/16/droit-a-la-protection-de-la-sante-alinea-11-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-constitutionnalite-des-dispositions-legislatives-restreignant-laide-medicale-detat/>.

¹²⁰ Décision n°2013-675DC du 9 octobre 2013 publique et Décision n°2013-676 du 9 octobre 2013 liées à la loi organique relative à la transparence de la vie.

¹²¹ Décision n°93-325 DC du 12-13 août 1993 liée à la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'accueil et de séjour des étrangers en France.

¹²² CEDH, 18 janvier 1978, Irlande c. Royaume-Uni, série A n° 25, § 162

prohibition est par ricochet faite par le Conseil constitutionnel dans la mesure où il évoque dans quelques-unes de ses décisions¹²³ la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute sorte d'asservissement et de dégradation.

Une telle précision n'est que plus protectrice, parce qu'elle fonde le droit d'accès aux territoires de la République française pour des soins sanitaires. Elle consolide la constitutionnalité de l'asile politique initialement restreinte à des persécutions pour l'exercice des libertés de mariage, de religion. Elle contribue à améliorer le raisonnement constitutionnel, qui pour certains auteurs n'intègre pas des considérations extérieures¹²⁴. Ceci constitue, en quelque sorte, une solidarité juridictionnelle accordée dans les limites législatives contrairement à celle irrégulière qui selon lui contribuerait « à faire naître une situation illicite » sur le territoire¹²⁵. Accroissant enfin l'influence de la Constitution française, cette précision est une interdiction constitutionnelle des mœurs préjudiciables à la santé pouvant influencer, comme c'est souvent le cas les décisions du juge ordinaire¹²⁶ dans l'appréciation de la situation d'un étranger ou plutôt immigré.

Cette pratique du juge constitutionnel français succinctement présentée sert d'exemple à des Etats Afrique noire francophones depuis des années mais qui enregistrent un bilan critique.

¹²³ Décision n°2021-821 DC du 29 juillet 2021-Loi relative à la bioéthique.

¹²⁴ CANIVET G., « La motivation des décisions du conseil constitutionnel », in S. CAUDAL (dir), *La motivation en droit public*, coll « thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2013, p.237.

¹²⁵ A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité le Conseil constitutionnel censurait les dispositions de l'article L.622-4 DU Ceseda parce qu'elle incriminait l'aide au séjour dans un but humanitaire. Les sages refusent d'étendre cette exemption de poursuite au délit d'aide à l'entrée irrégulière même si cette aide est apportée dans un but humanitaire. Voir décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

¹²⁶ Dans sa décision du 9 janvier 1990 « loi bonnet » confirmée en 192 le Conseil constitutionnel indiquait que toute rétention d'étranger non décidée par le juge est arbitraire. En suivant le juge constitutionnel, le tribunal de conflit affirmera que le juge judiciaire est compétent pour mettre fin à une rétention administrative lorsque celle-ci ne se justifie plus, que le motif de droit ou fait soit nouveau ou concerne la période de rétention initiale. Ainsi le juge judiciaire peut apprécier la légalité de la décision administrative de placement en ce sens qu'il lui revient de d'annuler ou de refuser un prolongement de la rétention administrative en cas d'irrégularité antérieures à ce placement, en cas d'atteinte à l'effectivité des droits de retenu... Voir à propos Décision n°2003-484 DC du 20 novembre 2003, décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011. Tribunal de conflit, décision n°3986 du 9 février 2015.

B- Evolution de la protection de la santé assurée par le juge constitutionnel en Afrique francophone

La garantie constitutionnelle du droit à la protection de la santé dans les Etats d'Afrique francophone que nous représentons ici par la Guinée, le Sénégal et le Bénin est pratiquement mise en œuvre par des mécanismes empruntés du système français, mais avec quelques aménagements (1). Nous pouvons cependant constater, qu'elle connaît moins que la France une grande évolution et fait l'objet de plusieurs critiques (2).

1- Des mécanismes protecteurs des droits fondamentaux

Inspirés par la modernité constitutionnelle européenne notamment française, ces Etats d'Afrique francophones avaient institué des juridictions suprêmes qui comportaient chacune une chambre constitutionnelle chargée du contentieux constitutionnel. Cette architecture sera remplacée après des années par la création, suite à des réformes, des juridictions constitutionnelles généralement dénommée Cour constitutionnelle¹²⁷. Cet organe, comme en France, est en substance chargé de protéger des droits et libertés. Ce rôle résulte d'une saisine soit *a priori*¹²⁸ ou *posteriori* par des institutions et individus par l'entremise de la Cour suprême et la chambre administrative¹²⁹ qui en constitue une section¹³⁰.

Toutefois ce contentieux constitutionnel d'Afrique francophone notamment béninois renferme une particularité qui relève du contrôle par voie directe qui a un caractère objectif et abstrait. En effet, l'action directe est issue de l'article 122 de la Constitution béninoise aux termes duquel tout citoyen peut saisir directement la Cour constitutionnelle de la constitutionnalité d'une loi. Elle est de même prévue par l'article 3 de la Constitution qui dispose que « *Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraire à ces dispositions sont nuls et non avenue. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois et actes présumés inconstitutionnels* »¹³¹. Ainsi, par ce mécanisme ayant presque les mêmes caractéristiques que l'*amparo*¹³², tout citoyen en dehors du cadre juridictionnel peut saisir le juge

¹²⁷ Ce n'est qu'en 2010 que la Guinée a institué une Cour constitutionnelle.

¹²⁸ Voir l'article 95 de la Constitution guinéenne de 2010. Voir aussi article 82 de la Constitution sénégalaise.

¹²⁹ Cette chambre administrative représente le Conseil d'Etat.

¹³⁰ Voir l'article 96-4 de la Constitution guinéenne de 2010. Voir aussi article 82 de la Constitution sénégalaise.

¹³¹ Cette disposition se rapporte manifestement à l'exercice de la souveraineté du peuple.

¹³² Recours en protection d'un droit constitutionnellement protégé contre tout acte public, loi, acte administratif et jugement.

constitutionnel de tout acte qui produit des effets juridiques contraire à la Constitution. Sont concernés les actes administratifs et les lois promulguées. Les décisions juridictionnelles n'y sont incluses que lorsqu'elles deviennent définitives et qu'elles sont attentatoires aux droits et libertés fondamentales que la Cour constitutionnelle est habilitée à sauvegarder.

Cette compétence exceptionnelle, bien qu'intéressante, demeure imprécise. La disposition qui habilite la Cour ne donne pas de détails sur la nature exacte et le sens des « textes et des actes » qui motivent la saisine. S'agit-il des situations juridiques, des comportements ou alors des abstentions ? Aussi, l'inconstitutionnalité des actes est-elle restreinte à leur contradiction avec les droits fondamentaux ou sont-elles comprises d'autres dispositions constitutionnelles ? A ce propos, en examinant les jurisprudences de la Cour constitutionnelle, force est de constater qu'elles statuent sur la constitutionnalité de tout acte administratif, qu'il soit réglementaire ou non, qu'il ait violé des droits fondamentaux ou non. Le non-respect des procédures d'adoption ou la violation par l'auteur de l'acte des pouvoirs qui lui sont reconnus par la Constitution, sont le plus souvent les seuls motifs d'invalidation. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle béninoise déclarait contraire à la Constitution le décret n°96-126 du 10 avril 1996 portant nomination au poste d'ordonnateur national du fonds européen de développement au motif qu'il n'a été signé que par le Président de la République, violant ainsi l'article 54 alinéa 6 aux termes duquel « *les actes du président de la République autres (...) sont contresignés par les ministres chargés de leur exécution* »¹³³. Aussi, elle déclarait contraire à la Constitution le décret n°98-160 du 28 avril 1988 portant approbation du statut de la société anonyme Benin télédiffusions et fixant son capital initial, pour l'irrespect d'un préalable de consultation de la haute autorité de l'audiovisuel et de la communication¹³⁴.

Cette attribution précisée par la Cour s'oppose à une seconde largement prévue par les textes. Elle évoque une thèse de restriction de la compétence de la Cour aux seuls actes administratifs et réglementaires susceptibles de violer les droits fondamentaux : aux termes de l'article 117 de la Constitution, « *la Cour constitutionnelle statue sur : des lois et actes règlementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en général, sur la violation des droits de la personne humaine* ». Aussi, l'article 121, alinéa 2 de la Constitution prévoit que le juge constitutionnel se prononce d'office sur la constitutionnalité des

¹³³ Décision DCC 96-052 du 12 août 1992.

¹³⁴ DCC 98-087 du 24 août et du 18 novembre 1998.

lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et libertés publiques. Enfin, l'article 22 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle dispose que :*« sont transmis à la Cour constitutionnelle, soit par le président de la République, soit par tout citoyen, par toute association ou organisation non gouvernementale de défense des droits de l'homme, les lois et actes règlementaires censés porter atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine et libertés publiques »*.

En s'appuyant sur ces différentes dispositions, des auteurs estiment que les actes règlementaires sujets du contrôle de constitutionnalité sont uniquement ceux qui sont attentatoires aux droits fondamentaux et libertés publiques¹³⁵.

Cette action populaire est consolidée par la possibilité pour la Cour de connaître des plaintes en violation des droits et libertés. C'est une prérogative accordée à tout être humain et opposable à l'Etat. Cette notion de plainte voudrait de même dire que le juge constitutionnel peut connaître des faits et comportements attentatoires aux droits fondamentaux.

2- De l'usage des mécanismes par le juge constitutionnel pour la protection sanitaire

Fidèles au système constitutionnel français qui connaît une mutation considérable, la Guinée et le Sénégal stagnent dans la protection des droits en général, la santé en particulier. Ceci résulterait du fait qu'ils se soient limités dans l'édification d'un Etat de droit à une institutionnalisation du contrôle de constitutionnalité devant être accompagnée par la soumission effective du législateur souverain à la règle de droit qui fonde son pouvoir le contraignant au respect des libertés publiques¹³⁶. *« Le contrôle constitutionnalité des lois met en cause souvent, sinon le plus souvent, la conformité ou la non-conformité d'un texte de valeur législative aux normes de valeur constitutionnelle définissant les droits individuels ou sociaux et libertés publiques »*¹³⁷ précisait le professeur Georges Vedel. Cette nécessité d'appliquer un contrôle se serait aussi heurtée contre la primauté des partis uniques qui néantise la séparation des pouvoirs. Le pouvoir

¹³⁵ MONTEIRO C., « Contrôle de constitutionnalité des actes juridiques au Bénin », Bulletin de Droit et d'information de la Cour suprême du Bénin, n°17, 2001, p. 14-15. MBORANTSUO. M. M., *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, p.147.

¹³⁶RIVERO J., « Fin d'un absolutisme », *Pouvoir* n°13, le Conseil constitutionnel, 2007, pages 5-15.

¹³⁷VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoir*, n°13, 2015 pages 209-219.

demeure centralisé, l'autoritarisme érigé en une méthode du gouvernement¹³⁸, pire, tout est accentué par la consécration constitutionnelle de cette unification¹³⁹. Pourtant, comme le précise Louis Favoreu : « *la justice constitutionnelle suppose en effet qu'il y ait séparation des pouvoirs car en définitive sa fonction s'analyse en une mission de surveillance ou en une garantie de strict respect de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes qui n'est que l'expression de celle-ci* »¹⁴⁰. Donc, même s'ils souhaitent rompre avec certaines pratiques par la création des justices constitutionnelles déconnectées de la Cour suprême, ces Etats d'Afrique noire francophones se verront confrontés à des difficultés qu'ils auraient eux-mêmes dressées¹⁴¹.

Dans cette impasse nous constatons d'abondantes interventions des Cours constitutionnelles sénégalaise et guinéenne focalisées sur le contrôle des élections. Elles résultent de la saisine des individus qui ont souvent été déboutés. Seule une interprétation forcée de quelques décisions liées à des contrôles de routine des textes internationaux permet de vanter quelque peu une supposée prétention protectrice des droits, notamment la santé. Il est particulièrement question des deux arrêts du juge constitutionnel guinéen statuant sur la conformité de la Convention n°176 liée à la sécurité, la santé dans les mines, adoptée par l'OIT à Genève et du Protocole prônant l'élimination du commerce illicite des produits du tabac entre les Etats parties à l'Organisation Mondiale de la Santé. Dans cette dernière nous relevons une volonté tangible du juge constitutionnel de protéger la santé des citoyens rappelant « *que la Constitution en ses articles 15 et 23-1 porte sur la protection et le bien-être des citoyens* »¹⁴². Mais ce considérant, en plus d'être sémantiquement perfectible, reste très restrictif en ce sens que le terme « bien-être » indiquant la santé, y paraît comme un droit et non un objectif de valeur constitutionnelle. De plus, aucune responsabilisation des pouvoirs publics n'y est faite pour l'assurance d'une sauvegarde constante : nous nous référons à la pratique du juge constitutionnel français qui s'applique à rappeler directement ou indirectement que les pouvoirs législatif et réglementaire

¹³⁸ GENIDEC P., *L'Etat, évolution, fédéralisme, centralisation et décentralisation*, Paris, LGDJ, 1985, p.217.

¹³⁹ DE GAUDUSSON J., « trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques-point de repère et interrogations », *Trente ans-Afrique contemporaine*- numéro spécial-4 trim. 1992, pages 50-58.

¹⁴⁰ FAVOREU L., « Brève réflexion sur la justice constitutionnelle en Afrique », *Les Cours suprêmes en Afrique-Tome 2*, Paris, Economica, 1989, p. 42.

¹⁴¹ MEDERNE. F., « L'évolution des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone et la République malgache », *Les institutions constitutionnelles d'Afrique francophone et la République malgache*, Paris Economica, 1979, p. 183.

¹⁴² Arrêt N°AC 002 du 09 janvier 2017. Cons. 8. De la Cour constitutionnelle guinéenne sur le contrôle de conformité à la Constitution du Protocole pour éliminer le commerce illicite des produits du tabac entre les Etats parties de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), signé le 12 novembre 2012 à Séoul.

doivent dans la mesure du possible œuvrer afin que soit assurée la jouissance de la santé. Les enfants, les personnes âgées et financièrement démunies doivent être distingués comme le consacre la Constitution.

Il est enfin question de l'arrêt de la Cour constitutionnelle sénégalaise sur l'exercice du droit de grève¹⁴³. De l'interprétation de cette seule décision liée à la protection d'un droit de catégorie sociale et économique est déductible la protection du droit à la santé que nous considérerons être un argument pouvant fonder une dérogation : la sauvegarde de la santé inclut dit l'indéfinissable notion d'intérêt général qui constitue le fondement de la restriction de la liberté constitutionnelle de faire grève.

A l'opposé de celles de ces deux Etats, la jurisprudence béninoise fait bonne figure. Nous y trouvons de très importants arrêts de la Cour constitutionnelle liés aux droits fondamentaux, à l'instar de la France. Cette distinction est manifestement liée à l'institution des procédures particulières d'accès direct au juge constitutionnel sans un filtre juridictionnel¹⁴⁴. Mais cette particularité fait qu'elle est assimilable à une juridiction ordinaire¹⁴⁵ et qu'elle se trouve envahie de nombreuses saisines. Elle n'échappe d'ailleurs pas aux critiques selon lesquelles, elle en ferait de trop¹⁴⁶. Faudrait-il peut être consacrer cette originalité (surtout la procédure de plainte) à la protection particulière directe ou par ricochet d'un droit fondamental comme la santé. Ceci aurait pour justification circonstancielle la dénonciation des actes de tortures, des traitements inhumains et dégradants que promeut la commission africaine des droits de l'homme. De part et d'autre, force est de constater que l'application de ce mécanisme constitutionnel a développé soit directement soit indirectement la protection de la santé. Nous citons en exemple la saisine de la Cour constitutionnelle béninoise pour le contrôle d'une décision des professionnels de santé

¹⁴³Décision n°2/c/2013 du juge constitutionnel sénégalais sur le droit de grève.

¹⁴⁴ Par opposition à la France et certains Etats d'Afrique francophone dans lesquels, le juge constitutionnel n'est saisi que par l'entremise des autres juridictions ordinaires (juge judiciaire et administratif), le juge constitutionnel béninois peut être saisi directement (sans filtre juridictionnel) par les individus. Cette possibilité est fondée par l'article 122 de la Constitution béninoise qui dispose « *tout citoyen peut saisir la cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de la loi, soit directement, soit indirectement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci peut surseoir jusqu'à la décision de la cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ».

¹⁴⁵ La cour constitutionnelle est confondue à une juridiction ordinaire qui tranche les litiges liant deux justiciables, c'est-à-dire la partie demanderesse et défenderesse. Son verdict est insusceptible de recours. Devrions-nous alors, comme il sera démontré, proposer une saisine des juridictions supranationales pour les remettre en cause.

¹⁴⁶ GNAMOU D., « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait trop ? », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, N°7, 2013.

reléguant le requérant transporté aux urgences au profit d'autres malades dont l'état de santé s'avère grave¹⁴⁷. Sur le fondement de la même procédure, des individus auraient respectivement engagé des recours en inconstitutionnalité auprès de la Cour constitutionnelle contre l'implantation d'une usine et d'une ferme attentatoire au droit à un environnement sain¹⁴⁸.

Dans le premier cas qui concerne l'égalité, principe qui rend effective la jouissance de la santé, la Cour constitutionnelle béninoise fait une analyse qui, bien qu'étant restrictive, permet d'aborder, d'analyser voire développer, en aparté, dans le cadre uniquement constitutionnel, la liberté de choix du médecin urgentiste avec ces fondements juridiques autant au Benin qu'en France. Elle est une part de réponse à des questions que se posent constamment des individus, notamment des élus français¹⁴⁹ qui se déguisent en patients pour comprendre le fonctionnement des urgences hospitalières et en mesurer le temps d'attente.

Dans les deux autres nous constatons à l'instar de la jurisprudence constitutionnelle guinéenne, une analyse très restrictive du juge constitutionnel. Celui-ci, ne se permet pas, contrairement à son archétype, la France¹⁵⁰, une interprétation extensive voire une création prétorienne qui matérialise la portée de ses décisions.

Donc en général, même si elle peut être justifiée, comme en France par l'absence d'une saisine régulière, la protection limitée du droit à la santé est susceptible de critique. Il faut cependant noter que l'inexistence des décisions des juges constitutionnels entachant d'inconstitutionnalité des lois sanitaires, ne voudrait pas dire que celles-ci sont exemptes de critiques ou conformes aux différentes Constitutions respectives. Autant s'intéresser à l'existence quantitative de ces lois, voire analyser la possibilité de mettre en place des mécanismes constitutionnels incitant les institutions qui en ont l'attribution, c'est-à-dire les différentes assemblées nationales. Il s'agit explicitement d'exhorter le fonctionnement de ces structures en engageant leurs responsabilités

¹⁴⁷ Cette saisine de la Cour constitutionnelle est faite pour dénoncer une discrimination par rapport à laquelle, elle a émis un considérant de laquelle nous déduisons une perspective : Considérant que les articles 26 alinéa 1 et 35 de la constitution disposent respectivement : *l'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale* ; « *les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun* ». Décision N°DCC 09-046 du 24 Mars 2008.

¹⁴⁸ Décision N°DCC 09-046 du 24 Mars 2009, Décision DCC 02-065 du 05 juin 2002. http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/020665.pdf.

¹⁴⁹ En juillet 2019, monsieur BRUNEEL Alain, député français passe « incognito » six heures aux urgences pour dénoncer « la situation dramatique que vivent les patients » : <https://www.leparisien.fr/societe/il-passe-six-heures-aux-urgences-incognito-un-depute-denonce-une-situation-dramatique-01-07-2019-8107599.php>

¹⁵⁰ Nous donnons l'exemple de l'obligation de vigilance résultant d'une analyse du juge constitutionnel français.

lorsqu'elles s'abstiennent d'adopter une loi relative à la santé reflétant les besoins que ressentent les populations. C'est en quelque sorte une censure pour incompétence négative, que peuvent faire les Cours constitutionnelles en s'autosaisissant. Autant s'intéresser enfin à la pertinence des normes de valeur législative comme le Code pénal qui, interdisant l'interruption volontaire et involontaire de grossesse, manque de préciser le fondement sanitaire et aucune jurisprudence notamment constitutionnelle à l'instar de la France, ne l'établit non plus.

Enfin, bien que les différentes normes constitutionnelles qui fondent l'intervention de ces juges constitutionnels africains, fassent du droit à la protection de la santé, dans des dispositions, une préoccupation singulière, elles demeurent susceptibles d'interprétations et d'amendements sur le fondement de la pratique française. C'est une nécessité impérieuse d'élucidation favorisant l'accessibilité et les recours en inconstitutionnalité. Le droit à la protection de la santé doit par exemple être perçu comme la prise en compte des conditions du travail, notamment l'observation du droit au repos constituant une « *obligation de sécurité de résultat* »¹⁵¹. Aussi, l'éducation à la santé, une responsabilité parentale prévue par la Constitution guinéenne comme un devoir est en réalité une obligation subordonnée au régime répressif d'exercice des libertés et au « respect de l'ordre public » notamment à « la sécurité sanitaire infantile »¹⁵² dérivée de « la sécurité », composante initiale. Il s'agit ici d'établir le caractère obligatoire d'un tel droit, à défaut de l'y rendre manifestement par une réforme constitutionnelle. C'est une valorisation de la norme constitutionnelle qui doit aussi s'étendre à la promotion individuelle ou collective de la santé. Réalisable par l'éradication ou la prévention des pratiques comme l'interruption volontaire de grossesse et tant d'autres liées à l'usage illicite du corps, elle doit manifestement paraître comme une attribution conjointe de l'Etat et des individus.

¹⁵¹Consacré par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, il constitue une obligation de sécurité de résultat que l'employeur a l'obligation de respecter et de faire respecter pour sauvegarder le droit à la protection de la santé du salarié. A propos le juge judiciaire a tenu à indiquer qu'un salarié ne peut être licencié pour faute grave lorsqu'il ne répond pas en dehors de son temps de travail aux demandes professionnels (Cassation Soc. 17 février 2004 N°01 45-889). Aussi sur le fondement de l'arrêt (Cassation Soc. 10 octobre 2018 N°17-10248) la Cour de cassation de Paris rappelle les règles de validité des forfaits en jour dans l'année en s'appuyant surtout sur le sujet du droit à la santé et au repos, constituant une exigence constitutionnelle.

¹⁵²La sécurité sanitaire infantile est une création que nous déduisons de l'exégèse d'une composante initiale de la notion de l'ordre public, qui est la sécurité. Nous la décrirons comme une spécificité à laquelle doivent se conformer toute conduite ou une éducation parentale.

IV - problématique

Ce parallèle présente un constitutionnalisme français qui, malgré les imperfections contribue à la garantie du droit à la protection de la santé ou répond aux exigences de protection de la santé réclamée autant par les institutions que par les individus à travers des mécanismes différents. Il surpasse celui de l'Afrique francophone qui, affecté par des ambitions politiques, stagne. L'évolution de ce dernier, après constat, est réductible au système constitutionnel béninois qui connaît un essor mais est aussi fortement critiquable à cause du manque de créativité prétorienne. A ce titre n'est-il pas opportun, cohérent et fondé d'envisager une transposition des éléments du droit constitutionnel français de la santé ou les techniques d'usage des mécanismes de protection de la santé par le Conseil constitutionnel dans ces Etats qu'il a inspirés et qui se trouvent être pour des raisons fondamentalement liées à la similitude des modes de gestions administratives et à celle de la dualité juridictionnelle (deux ordres qui sont administratif et judiciaire dont les décisions sont contrôlées), condamné à lui rester fidèle ?

V - Méthodologie

Cette présente étude de protection juridictionnelle consacrée à la garantie de la santé est faite suivant une méthode juridique doublement structurée : il s'agit d'une démarche d'examen des normes, d'analyse des conditions de leur édicition et des interprétations de l'application qu'en font les institutions, qui composent la société notamment les juridictions constitutionnelles¹⁵³. Toutefois, elles se trouvent être confrontées à un déficit de matières en Afrique francophone, donc une absence importante de source qui est à l'origine des imprécisions dans nos démonstrations.

¹⁵³ Il s'agit en quelques mots de la dogmatique juridique c'est-à-dire l'usage de la science du droit consacré à l'interprétation à la systématisation des normes juridiques notamment sanitaires. Voir AARNIO. A, « Dogmatique juridique » ARNAUD A. J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, édition LGDJ, 1993, p.188.

VI - Annonce du plan

Cette démarche conduit à l'analyse du droit constitutionnel français de la santé à l'aune duquel la pertinence du dispositif constitutionnel de garantie de ce droit dans des Etats d'Afrique francophones peut être relevée. Une approche ambivalente présentera bien cette démonstration: une première traitant de l'évolution des normes de référence et celle de l'intervention des juges constitutionnels, sera basée sur des perceptions valorisantes et distinctes: le bloc de constitutionnalité (Titre I) constitué du préambule et de la Constitution *stricto sensu*, doit être doublement compris comme un instrument servant au contrôle mais aussi à la contrainte des pouvoirs publics, leur opposant les droits, la protection de la santé notamment. Cette opposabilité doit donc être clairement exprimée dans les normes constitutionnelles par des termes univoques et intelligibles. Des déclinaisons législatives et réglementaires doivent en être faites (chapitre I). Cette contrainte ayant pour objet d'inciter l'Etat à s'acquitter de ses obligations liées aux droits à la santé va de pair avec l'expression de l'accessibilité des droits aux individus. Ainsi, nous ne considérons pas uniquement ces normes comme des instruments protecteurs des droits individuels contre les dérives des pouvoirs publics (une vocation qu'exerce le juge constitutionnel); elles sont aussi un moyen de contrainte de l'individu incitant à la jouissance adéquate des droits. L'on se bornera donc à démontrer dans certains cas que l'interprétation du juge consiste à prévenir un usage inconstitutionnel du droit à la protection de la santé. Il est ici en réalité question d'examen constitutionnel de la jouissance du droit à la santé (chapitre II). Ces illustrations profitables au juge constitutionnel dont l'apport est fondamental pour la protection des droits, la santé en l'occurrence (Titre II), doivent inciter à des interprétations faisant naître des principes qui présentent une réelle volonté protectrice qui contraignent le législateur à prendre de nouvelles mesures sanitaires (chapitre I). Mais, faut-il aussi préciser que ceci ne peut que résulter de l'usage approprié des techniques et mécanismes de protection constitutionnelle? Même si cela peut paraître exagéré, il est utile pour la santé, nécessitant plus de protection, surtout en Afrique que le constituant en institue de plus conséquents (chapitre II).

Nous obtenons d'une telle observation constructive une double perspective liée autant aux blocs de constitutionnalité qu'à la jurisprudence. Une première, résultant des normes de référence constitutionnelle, mettra en exergue deux pistes (titre I): l'institution d'un constitutionnalisme universel protecteur de la santé basée sur la prise en compte non jurisprudentielle d'un

Préambule qui consacre indirectement des droits par le biais de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Cette théorie s'oppose à celle française qui n'a considéré le Préambule qu'à l'issue de l'intervention du juge constitutionnel (chapitre I). Ensuite, la perception rigide du bloc de constitutionnalité guinéen pour accorder plus de garantie à la santé citoyenne (chapitre II).

Une seconde découlant d'une analyse des interventions restrictives des juges constitutionnels français et d'Afrique francophone notamment béninois (Titre II) nous amènera à considérer dans un premier temps, l'excision, mœurs préjudiciable à la santé, comme un fondement du droit d'asile constitutionnel en France (chapitre I) et dans un deuxième temps, conceptualiser l'urgence sanitaire en général, et médical en particulier, en établissant un rapport étroit entre le juge constitutionnel et des éléments de qualification (chapitre II).

Première partie - La protection de la santé assurée par le juge constitutionnel en France et en Afrique francophone

La protection des droits fondamentaux assurée par le juge constitutionnel rend efficiente leur consécration par la Constitution. Ces deux dispositifs jouent des rôles susceptibles de critiques et doivent être passés en revue en vue d'une amélioration. Il est, d'une part, question de la pertinence des formules de consécration des droits qui s'examine sur le fondement de deux critères importants, à savoir l'opposabilité et l'accessibilité et, d'autre part, de l'apport des juges constitutionnels dans la protection de ces droits dont l'efficacité s'apprécie à travers la portée de l'interprétation et l'utilité de la mise en œuvre des mécanismes destinés à leur faire recours.

En effet, sur le droit à la protection de la santé, l'analyse de la Constitution française de 1958, présente une obligation de respect aux pouvoirs publics, déductible d'une étude terminologique. Cette dernière qui s'articule autour l'usage de termes « nation et peuple » établit un rapport contractuel entre les individus que constituent essentiellement ces deux concepts et l'Etat-organe. Concrètement aux ordres de la nation ou du peuple, l'organe étatique, exécute une mission de protection constitutionnelle de la santé. Il est donc dépositaire et veille à la coexistence pacifique de l'exercice des droits et libertés en y apportant des restrictions justifiées par l'observation de l'ordre public. Ceci se résume en une « redevabilité » de l'Etat et son inexécution entraîne des actions auprès des juges. Cette expression normative est sous-tendue par l'analyse positive de la jurisprudence constitutionnelle. L'exigence du droit au développement individuel subordonné à la jouissance du droit à la garantie de la santé et la protection de l'individu contre la douleur en sont l'illustration.

Contrairement à la France, dans la norme constitutionnelle d'Afrique francophone représentée ici par le Sénégal, le Bénin et la Guinée, la formule de consécration du droit à la protection de la santé laisse entendre qu'il est non opposable aux pouvoirs publics. Ceci résulte du fait, qu'ils indiquent que « l'Etat et la République » concèdent ce droit, et en assurent le respect. Ils en ont donc le monopole. Pourtant ces deux concepts restent en apparence très politiques et ne laissent pas paraître l'effort de l'individu qui est l'origine de l'abolition de l'esclavage, la traite négrière et la colonisation dont les conséquences sont l'indépendance et la souveraineté, desquels procède la reconnaissance évolutive des droits et libertés fondamentales. Ce monopole de consécration se trouve matérialisé par l'infliction des tortures et traitements inhumains et dégradants exécutés par

des agents en charge du maintien de l'ordre public. Ils contreviennent dans ce cas au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine consacré dans leurs différentes Constitutions. Le juge constitutionnel, notamment béninois, souvent saisi en application de l'action populaire y remédie rarement. Ceci laisse planer un doute et incite à vouloir le mettre sous la vigilance d'un organe juridictionnel supra-étatique comme la Commission africaine des droits de l'homme, eu égard à la similitude de fonctionnement qu'il a avec les juridictions ordinaires qui constituent des voies de recours à épuiser. Donc, la formule de consécration du droit à la protection de la santé traduirait une opposabilité aux pouvoirs publics en Afrique francophone, à condition que les termes « Etat et République » soient remplacés par les concepts « nation et le peuple » auxquels sont identifiables l'individu qui, en réalité, s'accorde ce droit et en attribue la protection.

A ce vide devant être comblé, s'ajoute l'incorrection des termes utilisés pour consacrer, dans les différentes Constitutions, la garantie du droit à la protection de la santé : le premier, « l'accès à la santé », ne peut être retenu parce que selon une sémantique qui est la nôtre et le contenu des normes législatives, il est employé pour évaluer ou accroître la jouissance de la santé par une catégorie d'individus ayant un handicap physique ou financier. Le second, « le droit à la santé et au bien-être physique » dénote non seulement une obligation de résultat (ce qui est impossible étant donné que l'Etat ne maîtrise pas de certains facteurs biologiques), de protéger ou rétablir la santé et indique une double consécration, tenant compte du fait que la santé et le bien-être soient synonymes. Ces précisions doivent être consolidées par des particularités telles que la prévision « du droit au repos » duquel résulte la protection de la santé et la distinction de jouissance de la santé par les femmes ainsi que les enfants, eu égard à leur vulnérabilité.

Sur la garantie juridictionnelle de la constitutionnalisation de ce droit à la protection de la santé, la France démontre concrètement par des créations des prétoriennes, son avancée sur ces Etats. Ceci est avéré dans le cadre de la protection environnementale et de la lutte contre le tabagisme officiellement lancée par l'organisation mondiale de la santé à travers sa convention cadre. Nous pouvons ainsi constater que le juge constitutionnel français a tenu à instituer une obligation de vigilance recommandable à l'Afrique. Cependant, une telle obligation qui s'inscrit dans le cadre d'une citoyenneté et ne peut se réaliser sans « la bonne foi » des destinataires, peut être spécifiée dans le cadre médical comme étant la résultante de l'obligation de moyens du médecin. Elle

consistera à enseigner les méthodes d'hygiènes notamment environnementales aux patients qui se doivent de les perpétuer pour protéger leur santé.

Enfin, sur cet apport du juge constitutionnel, il faut dire que l'usage des mécanismes français de saisine, notamment la question prioritaire de constitutionnalité, a eu des conséquences positives pour la protection sanitaire. Nous le matérialisons par la constitutionnalisation indirecte du droit à l'honoraire médical à laquelle nous nous reportons pour institutionnaliser celle de l'Afrique francophone que nous assortirons d'une régularisation indispensable à l'accessibilité financière de la santé.

Pour récapituler, cette première partie traitera de la pertinence des différentes consécutions constitutionnelles du droit à la protection de la santé (Titre I) et des différentes contributions des juges constitutionnels français et d'Afrique francophone à sa protection (Titre II).

Titre I - Pertinence de la consécration constitutionnelle du droit à la protection de la santé

« *Le législateur devait écrire avec des mains tremblantes* »¹⁵⁴. Par cette assertion, Montesquieu estimait que l'emploi des termes et des expressions dans les normes juridiques censées régir les relations sociales doit résulter d'une très longue méditation. Le constituant français s'en illustre en dépit des critiques dont il fait l'objet dans la doctrine. Les normes constitutionnelles qu'il a édictées présentent deux exigences recommandables aux Etats d'Afrique francophones : premièrement, l'opposabilité aux pouvoirs publics des droits sociaux et économiques, la santé en l'occurrence. Nous envisagerons en France son effectivité par une sémantique de l'emploi des termes « nation et peuple » substantiellement constitués de personnes physiques, titulaires des droits dont ils confient la garantie à l'Etat. C'est un mandat constitutionnel qu'accomplit ce dernier et apprécie toute contradiction qui en résulte, suite à un recours en inconstitutionnalité ou pour excès de pouvoir. La jurisprudence constitutionnelle, à travers des exigences spécifiques de protection des droits tels que le droit au développement individuel pour lequel la santé constitue un préalable, en constitue un support. A la lumière de cette illustration peut être réaménagée la formule de reconnaissance de ce droit en Guinée, au Bénin et au Sénégal qui traduisent un abus (Chapitre I) ; deuxièmement, l'accessibilité traduisant la jouissance individuelle qui comporte, d'une part, une étude critique des termes de reconnaissance constitutionnelle en Afrique francophone, de la protection sanitaire sur le fondement des théories françaises et d'autre part, une suggestion de transposition des particularités de protection indirecte de la santé suivies de quelques analyses des déclinaisons législatives (Chapitre II).

¹⁵⁴<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/principes-d-interpretation-constitutionnelle-et-autolimitation-du-juge-constitutionnel#:~:text=Un%20des%20grands%20penseurs%20fran%C3%A7ais,fruit%20d'une%20longue%20m%C3%A9ditation.>

Chapitre I - La reconnaissance constitutionnelle de l'opposabilité du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics

La réalisation des droits sociaux suppose non seulement une constante intervention des pouvoirs publics sous forme de fourniture de prestations et de services, mais aussi leurs abstentions d'y porter atteinte sous peine d'en subir une sanction. C'est l'expression de l'opposabilité des droits qui désigne « *l'aptitude à faire sentir ses effets à l'égard de l'Etat et ses organes en les obligeant à reconnaître leur existence, les observer comme des éléments de l'ordre juridique et en subir les effets* »¹⁵⁵. Celle-ci doit préalablement être perceptible dans les normes juridiques internes et internationales en répondant aux exigences de précision¹⁵⁶. La Constitution française de 1958 en donne un exemple constatable à l'issue d'un examen. Les Etats d'Afrique qui l'imitent, bien qu'étant appréciables à travers de multiples réformes sans véritable impact¹⁵⁷, ne semblent pas s'inscrire dans cette logique sémantique. Substantiellement fondée sur le préambule de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme de 1789¹⁵⁸, la norme constitutionnelle française oppose manifestement à l'Etat les droits que des individus ont collectivement proclamés. Le constituant l'exprime en des termes qu'il a conséquemment choisis, eu égard aux circonstances historiques. Il traduit de ce fait une exigence de garantie des droits qui est de plus en plus pressante. En faisant cette perception distincte de l'observation constitutionnelle des droits fondamentaux notamment la protection de la santé (Section I), nous analyserons à sa lumière celle des Etats d'Afrique francophones que nous étudierons (Section II).

¹⁵⁵ DIANE R., « L'opposabilité des droits sociaux », *Informations sociales*, N°178, 2013, p.37.

¹⁵⁶ Sur le plan national il s'agit en réalité des objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des lois. Dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale, (cons 9) le Conseil constitutionnel, consacrait ces exigences. En 2012, le Conseil d'Etat à son tour, les consacrait en censurant une disposition du décret n°12 507 du 18 avril 2018 créant le parc national des calanques (CE 29 octobre 2013, association les amis de la rade et des calanques, req.n° 360085 mentionné au Lebon).

¹⁵⁷ BOURGI A., « Evolution du constitutionnalisme en Afrique entre formalisme et effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, n°52, 2002, pages 721-748.

¹⁵⁸Ce préambule est constitué de la Déclaration française de 1789 et de la Charte de l'environnement de 2004.

Section I - L'expression constitutionnelle de l'opposabilité du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics en France

Les études scientifiques ou doctrinales doivent traiter davantage de l'efficacité de la garantie de la santé par les institutions législatives et réglementaires¹⁵⁹. L'accomplissement constant d'une telle tâche est très important dans le sens où il porte sur un droit fondamental préalable¹⁶⁰ à la jouissance de tous les autres et ferait l'objet de multiples références constructives par les Etats d'Afrique, notamment francophones représentés ici par le Bénin, le Sénégal ainsi que la Guinée. Ceci passe préalablement par le constat de l'intelligibilité et de l'efficacité de sa reconnaissance normative dont nous constaterons la distinction française basée sur une sémantique significative (Paragraphe I). Elle est confortée par l'intervention du juge constitutionnel français qui, dans la « justiciabilité » de ce droit en cause, pose des exigences devant surtout être observées par ces pouvoirs publics (Paragraphe II).

Paragraphe I - La particularité de l'expression normative

A l'instar de tous les autres droits sociaux, l'observation du droit à la protection de la santé est singulièrement exigée des pouvoirs publics, dans la Constitution française de 1958. Nous le constatons par l'emploi conséquent des termes « nation et peuple ». Il fait prévaloir des individus homogénéisés qui constituent la substance de ces deux concepts sur les organes étatiques (A). C'est un agencement que nous pouvons assurément conforter par un exposé quasiment descriptif des mécanismes constitutionnels de recours au Conseil constitutionnel. Moyens de réclamation bénéficiant de part et d'autre aux individus, ils ont permis de circonscrire la place de ces derniers dans l'ordre juridique interne en rendant insusceptible de contrôle de constitutionnalité toute œuvre législative qui constitue l'émanation de leur consultation directe (B).

¹⁵⁹ Il s'agit à l'instar de la doctrine, d'interpréter, d'adapter, de préciser et d'éclaircir les textes législatifs et réglementaires garantissant le droit à la santé aux individus. JESTAZ Philip, nous en affirmait que « *pour mesurer le rôle de la doctrine, il suffit en guise d'expérience, de faire lire le Code civil à un non-juriste : C'est à en croire le prédécesseur de Knock, un bon remède contre l'insomnie. Le malheureux ne comprendra rien, -si ce n'est plusieurs années pour former un non-juriste. Or la doctrine joue précisément ce rôle de commenter chaque texte, en lui-même, en le confortant avec la réalité sociale et surtout en le rapportant aux autres textes. La doctrine édifie un ensemble explicatif.* » JESTAZ P., *le droit, la connaissance du droit*, Paris, édition Dalloz, 2018.

¹⁶⁰ TOUTETTE-TURGIS Catherine affirmait à propos que « *la santé n'est pas un bien de consommation ordinaire, mais un bien fondamental qui conditionne tout le reste des activités humaines. Elle est plus un instrument, un auxiliaire de vie qu'un état qui serait à lui-même sa propre fin* ». TOUTETTE-TURGIS C., *sujet de ka cité*, Paris édition harmattan, 2013, p.318.

A- La prééminence de l'individu sur l'Etat en droit constitutionnel français

« Elle (la nation) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé ... »¹⁶¹. « (Le peuple) proclame que chacun a droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé »¹⁶². L'emploi des concepts « nation et peuple » dans ces différentes formules met en évidence la valeur des individus qui s'accordent un droit, la santé en l'occurrence et attribuent sa protection aux pouvoirs publics. Pour eux, l'Etat est un dépositaire. Substrat de ces concepts, ils fondent leurs attachements à l'Etat, sur la protection des droits, une mission qu'ils lui investissent. Donc le fondement de la jonction d'une nation ou d'un peuple composé d'individus¹⁶³ à l'Etat-organe¹⁶⁴ est l'accomplissement de cette tâche. En découlent deux conceptions « Nation-Etat-protection et Peuple-Etat-protection des droits individuels » qui constituent en quelque sorte un aménagement de la conception classique « Etat-nation »¹⁶⁵.

En effet, « La nation est une identité ouverte, constitué par les liens contractuels, qui se sont réalisés historiquement dans une communauté de personnes unie par le désir de vivre ensemble sous les mêmes lois, les mêmes mœurs et les mêmes institutions »¹⁶⁶. A cette acception s'oppose celle liée au réalisme allemand. Il la perçoit « comme une identité au contraire fermée, constituée par des liens naturels, qui se sont réalisés dans une communauté de personnes unies par la même langue, la même culture et la même religion »¹⁶⁷. Bien que divergent, le contenu de ces deux définitions est réductible à un seul élément qui est la « personne ». Il est perceptible, animé et donne un sens à l'existence ou l'institution des autres (les lois, la culture, la religion) qui y sont inhérents¹⁶⁸. En se basant sur une catégorisation en introduction au droit¹⁶⁹, nous précisons

¹⁶¹ Alinéa 11 du préambule de la constitution française de 1946.

¹⁶² Article premier de la charte de l'environnement.

¹⁶³ Voir MALBERG D-C., *contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, Sirey, 1920. p. 14.

¹⁶⁴ Cette restriction terminologique est liée au fait que l'Etat par définition est constitué du peuple, ensemble d'individu. Ici nous ne nous intéressons organes.

¹⁶⁵ Nous faisons allusion à l'analyse de malberg qui institue une interdépendance et une réciprocité dans l'optique d'une personnification entre l'Etat et la nation. Il affirme ainsi « la nation ne devient une personne que par le fait de son organisation étatique, c'est-à-dire par le fait qu'elle est constituée d'Etat. De même que l'Etat ne peut former une personne en dehors de la nation, de même la nation n'a de personnalité que dans et par l'Etat. Finalement donc, les mots nation et Etat ne désignent que les deux faces d'une seule personne ». Voir à propos MALBERGD-C, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Dalloz, 2004, p. 15.

¹⁶⁶ TRADIVEL E., « qu'est-ce qu'une nation », *S.E.R, ETUDES*, 2016, p.54.

¹⁶⁷ *Ibid*

¹⁶⁸ Par exemple le rapport entre la culture et l'individu est de nos jours valorisé par l'existence d'une convention sur la diversité des expressions culturelles. Il fonde en d'autres termes le droit de pratiquer sa culture qui est plus

qu'il s'agit d'une personne physique assimilable à l'individu, sujet de droit c'est-à-dire titulaire de droit et assujéti à des obligations¹⁷⁰. Carré de MALBERG étaye cette restriction en affirmant que la nation, essence humaine de l'Etat tient sa solidité du fait qu'elle soit constituée des individus dotés de droits et d'obligations interchangeables.¹⁷¹

Toutefois, il est à préciser que cette titularité des droits ne résulte pas de la concession de l'Etat, mais de celle des individus eux-mêmes, leurs batailles que matérialise la Révolution française¹⁷². Elle représente leur première figure qui cohabite, dans le bloc de constitutionnalité avec une seconde qui est la réclamation du respect de ces dits droits et libertés par des mécanismes¹⁷³. L'Etat est débiteur de leurs réalisations, servant ainsi d'intermédiaire¹⁷⁴. Il assure la coexistence pacifique de leur exercice et y apporte des restrictions nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public¹⁷⁵. Ce qui légitime ses prérogatives de puissance publique ou son pouvoir coercitif qui lui

spécifié et reconnu dans le cadre juridique interne : la reconnaissance du droit d'enseigner « les langues régionales » par le Conseil constitutionnel français (Décision n°2011-130 QPC du 20 mai 2011, Cons. 1). Aussi l'invocation du droit d'accéder à la culture par le droit à l'image dans les domaines nationaux dans l'affaire wikimédia avec le débat lié au droit d'accès aux œuvres (Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018). Du reste même s'il n'est pas concrètement reconnu par les textes constitutionnels et la jurisprudence constitutionnelle (décision 2004-505DC du 19 novembre 2004), le droit religieux ou d'expression religieuse (deux notions discutées) constitue un lien entre l'individu et la religion. En l'absence d'une base juridique précise, le juge administratif invoque des principes imprécis de liberté constitutionnelle de l'expression religieuse. Ce dernier dans plusieurs cas a reconnu l'existence d'un principe de liberté de religion résultant de l'article 10 de la Déclaration française des droits de l'homme 1789(CE 4/1 SSR du 28 septembre 1998, 162289, publié au recueil Lebon). Son analyse sera considérée et reprise par le Conseil constitutionnel (Décision n°2010-613, du 7 octobre 2010). Dans d'autres décisions plus récentes, le Conseil d'Etat a carrément qualifié la liberté de religion de liberté fondamentale sans se référer à un texte de base. Il se fonde plutôt sur une conception classique des libertés fondamentales : « *le droit de chaque étudiant à pratiquer de manière individuelle ou collective la religion de son choix* », la liberté de religion étant qualifiée de « *liberté fondamentale de culte* » (CE juge référé 6/5/2008,315631).

¹⁶⁹FABRE-MAGNAN M., « les sujets de droit », *Introduction au droit*, 2014, pages 97-107.

¹⁷⁰ Il s'agit des personnes physiques ayant la personnalité juridique. En d'autres termes ce sont des êtres humains appelés personnes physiques, du fait qu'ils soient dotés d'un corps. La personnalité juridique dont il est question s'acquiert par la naissance : l'enfant doit être né vivant et viable. Ce principe connaît un aménagement précisé par l'adage classique « *infans conceptus pro nato habetur quoties de ejus commodis agitur : un enfant simplement conçu est considéré comme né toutes les fois qu'il y va de son intérêt, par exemple être héritier dans la succession de son père mort avant sa naissance* ». Voir FABRE-MAGNAN M., *op.cit*, p.97.

¹⁷¹ MALBERG D-C., *op.cit* p. 14.

¹⁷² L'une des raisons principales qui a incité le peuple (individu) à la Révolution française est la jouissance des droits qui sont essentiellement l'égalité et la liberté. Le 26 août il y parviendra avec l'adoption de la Déclaration française de 1789 qui constituera un élément essentiel du préambule de la Constitution de 1946, dont le contenu sera un supplément constituant dans l'ensemble un dispositif de droits sociaux politiques.

¹⁷³<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-conception-de-l-individu>

¹⁷⁴BAUME S., « chapitre 5 l'Etat face à l'individu », *Carl Schmitt, penseur de l'Etat*, 2008, p.160.

¹⁷⁵ Il est question de la limitation de l'exercice des droits et libertés par l'ordre public. Voir à propos GERVIER P., « la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *Nouveau Cahier du Conseil constitutionnel*, n°45, 2014.

en sert¹⁷⁶. Il apparaît donc comme une organisation qui a pour rôle la canalisation des volontés dans la jouissance des droits. Il constitue, comme le soutient Eismen, une personnification juridique de la nation¹⁷⁷ mais, cette juridicité repose, en notre sens, sur la protection des droits.¹⁷⁸ Il assure enfin une redevabilité qui, selon Céline Romainville détermine le caractère fondamental des droits, parmi lesquels s'illustre le droit à la protection de la santé¹⁷⁹.

Cette qualité sous-entend deux idées essentielles : l'antériorité de l'existence des droits à l'Etat moderne. C'est-à-dire que sont postérieures l'Etat¹⁸⁰ ou résulte de son organisation juridique provoquée¹⁸¹ la diversification¹⁸² des droits jadis générés, leurs conciliations et applications. C'est ainsi que nous constatons l'observation du droit à la protection de la santé par le respect de la dignité humaine qui la précède dans le préambule. Dernièrement, ce droit, l'un des principaux qui font la consistance de la Déclaration française de 1789 et ont guidé son adoption, sera de nouveau reconnu par le juge constitutionnel, comme étant inaliénable et sacré. Il précisera, par ricochet, que sa violation par un médecin à l'égard d'un patient en fin de vie, résulterait de l'arrêt des traitements de celui-ci sans connaissance préalable de sa volonté¹⁸³;

¹⁷⁶ DUBOISJ-P., « La coercition dans tous ces Etats », *Qui gouverne le monde*, Paris, édition la découverte, 2018, pages 118-132.

¹⁷⁷ Nous aménageons le rapport entre l'Etat et la nation que fournit ESMEIN. En y insérant la prise en compte de la protection des droits qui constitue l'objet du véritable rapport entre les deux. Il en affirme ainsi : « *l'Etat est la personnification juridique de la nation ; c'est le sujet et le support de l'autorité politique ; Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence d'homme d'une autorité supérieure aux volontés individuelles* ». Voir ESMEIN A., *éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, édition 2001, p. 1.

¹⁷⁸ Bertrand Mazabraud en indiquait que la juridicité s'explique par le positivisme juridique, qui voudrait que l'on rende compte du droit actuel et que l'on l'obéisse. Ce droit est en substance constitué de la norme constitutionnelle qui est faite ou valorisée par des droits et libertés dont elle assure la garantie. Voir à propos MAZABRAUD B., *de la juridicité*, Rennes, édition presse universitaire de renne, 2017, p.20.

¹⁷⁹ Céline Romainville abordant le caractère fondamental du droit de participer à la culture citait huit éléments qui déterminent le caractère fondamental d'un droit : la valeur qu'il exprime et qui fonde sa légitimité au plan éthique, ses sources que sont les normes constitutionnelles et européennes, son objet et son attribut, son titulaire, l'obligation qu'il induit et qui repose sur les débiteurs, la garantie de son effectivité et sa justiciabilité. ROMAINVILLE C., « Droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé », *Annuaire international de la justice constitutionnelle*, 2014, p.569.

¹⁸⁰ Nous précisons la conception classique et doctrinale, en affirmant que l'existence des droits individuels est postérieure et que c'est l'aménagement qui en est consacré par la suite, lui donnant plusieurs facettes qui est postérieur à l'Etat.

¹⁸¹ L'organisation juridique de l'Etat est provoquée par sa redevabilité. En d'autres termes, il y a organisation juridique parce qu'il y a protection de droits dont la charge est constitutionnellement attribuée l'Etat. Cette attribution constitue, un mandat de la nation constituée substantiellement constitué d'individus.

¹⁸² On entend par diversification des droits la consécration des droits sociaux économiques, par les alinéas du préambule de 1946 en plus de ceux qu'évoque la déclaration française de 1789.

¹⁸³ Décision n°2017-632 QPC du 2 juin 2017.

Ensuite, elle établit un rapport contractuel entre des individus unis, qualifiés de nation et l'organe étatique. L'objet est la garantie des droits contre tous et pour tous¹⁸⁴ et l'inobservation entraîne des actions que nous spécifions par des recours qui font intervenir le juge. Ainsi, sur la loi de finances rectificative de 2003, précédemment au Conseil constitutionnel qui confirmait le droit des étrangers en situation irrégulière¹⁸⁵ de bénéficier de l'aide médicale d'Etat, lorsqu'ils sont confrontés à une insuffisance de ressource financière¹⁸⁶, le Conseil d'Etat, suite à un recours pour excès de pouvoir, considérait que celle-ci ne prévoyant pas de disposition spécifique profitable aux mineurs étrangers, était contraire à l'article 3-1 de la convention internationale des droits de l'enfant, lié à intérêt supérieur, ce qui a motivé l'annulation des décrets qui devaient l'appliquer. Cette observation qui constitue un progrès¹⁸⁷, dénote, selon Tatiana Grundler, « *un malaise du juge administratif face au noyau dur du droit à la protection de la santé qui est l'accès aux soins* ». ¹⁸⁸ Pour l'estime qu'il y accorde, il affirme en 2004 qu'un malade qui n'est pas en état de consentir, doit sur la base du principe de la dignité humaine, bénéficier à l'hôpital des soins adaptés à son état¹⁸⁹.

Cette obligation de respecter et de faire respecter le droit à la protection de la santé, suite à des recours, n'est pas restreinte uniquement à l'organe étatique, impliquant une autolimitation¹⁹⁰. Elle est mitigée, car étant par moment orientée vers les groupes d'individus qui s'estiment lésés par une décision et sont auteurs des requêtes. C'est ainsi que le Conseil d'Etat confirmait récemment la décision gouvernementale relative à la fermeture des bars et restaurants sur le fondement de la protection sanitaire. Il observait en substance que selon le Comité scientifique, les rassemblements sociaux, d'une très forte densité, constituent l'un des moyens de transmission et que le risque est très élevé lorsqu'ils restent longtemps dans un espace fermé. Il ajoutera du

¹⁸⁴ Cette garantie concerne autant les individus que les pouvoirs publics.

¹⁸⁵ Résidant de manière ininterrompue depuis trois mois.

¹⁸⁶ Décision n°2003-488 DC du 29 décembre 2003. Voir à propos, commentaire, Cahier du Conseil constitutionnel n°16.

¹⁸⁷ Il faut cependant préciser que cette jurisprudence, même constituant une avancée, ne concerne pas le droit à la protection de la santé qui a été reconnu par cette convention des droits de l'enfant. Gay L., « L'affirmation d'un droit aux soins du mineur étranger. Ou l'inconventionnalité partielle d'une loi jugée conforme à la Constitution. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 juin 2006, Association Aides et autres », *RDSS*, 2006, p. 1047.

¹⁸⁸ GRUNDLER T., « le juge et le droit à la protection de la santé », *Revue de droit sanitaire et social*, Sirey, Dalloz, 2010, p.7.

¹⁸⁹ Voir TA Marseille, Ord. 22 janvier 2004, Remidi, n° 04427/0.

¹⁹⁰ Le fait que le juge administratif suite à un recours exige au gouvernement le respect des droits notamment la santé, constitue une autolimitation. Pour plus d'explication voir CHEVALIER J., « Droit et Etat », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°02, vol 17, 1986, p.5.

reste, qu'une approche distincte de cette mesure, en fonction des territoires, ne permettrait pas d'atténuer l'évolution du virus¹⁹¹. Aussi, suite à sa saisine par des associations culturelles et membres du clergé, pour la limite de 30 personnes dans des établissements de cultes, il indiquait qu'il est question d'exercer la liberté de culte dans des espaces clos, ce qui expose à un risque de contamination. Par conséquent celle-ci devait être conciliée avec l'objectif de protection de la santé consacré dans la Constitution. Il estimait toutefois que le plafond déterminé par le gouvernement est déséquilibré à l'aune de la sauvegarde de la santé publique et qu'il en résulte une atteinte à une liberté fondamentale qu'est la liberté de culte¹⁹².

Cette garantie tous azimuts, exigée de l'organe étatique est traductible par la sémantique du peuple consubstantielle à la nation : « *Le peuple, dit Borella, est synonyme de la nation en droit international. En droit constitutionnel le peuple possède un sens plus circonscrit : il est le corps électoral et ne se confond pas avec la nation. Il est un organe institué et détenteur de la souveraineté étatique* »¹⁹³. Stéphane pierre-Caps en déduit qu'il existe une indétermination juridique du concept peuple en droit international et en droit constitutionnel classique qui convergent sur ce point : le peuple en droit international, avant tout apparaît comme une force agissante, la nation en droit constitutionnel une volonté en acte¹⁹⁴. Cette concordance est autrement présentée par Michel Verpeaux qui soutient que « *l'unicité du peuple français correspond à l'unité de la nation française* »¹⁹⁵, ce qui est d'ailleurs consacré dans la Constitution française¹⁹⁶. L'unicité du peuple consacrée par le Conseil constitutionnel¹⁹⁷ fait la consistance de son autodétermination, c'est-à-dire son aptitude à décider de son statut juridique, politique et économique¹⁹⁸. Jacques Chevalier, analysant la structure du préambule, relève à ce

¹⁹¹CE ord. 8 décembre 2020, union des industries et des hôtelleries et autres, n° 446715.

¹⁹²CE ord. 29 novembre 2020 Association culturelle et membre du clergé n°446930.

¹⁹³BORRELA F., *élément de droit constitutionnel*, presse de Science Po, 2008, p.200.

¹⁹⁴PIERRE-CAPS S., « Le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international », *Civitas Europa*, n°32, Vol 1, p.11.

¹⁹⁵ VERPEAUX M., « L'unité et la diversité dans la République », *Nouveau Cahier du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014.

¹⁹⁶Aux termes de l'article 3 alinéa 1, La souveraineté nationale appartient au peuple.

¹⁹⁷ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 liée la loi portant statut des collectivités territoriales de corse et décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 lié à la charte européennes des langues régionales ou minoritaires.

¹⁹⁸ Autrement appelé droit des peuples à disposer d'eux même et attribuée aux peuples dans les luttes de sécession (LEMAIRE F., « la libre détermination des peuples, la vision d'un constitutionnaliste » *CIVITAS EUROPA*, n°32, 2014, pages 113-138), Nous soutenons dans un raisonnement sémantique, que c'est une notion qui sous le fondement de la souveraineté habilite son bénéficiaire de fixer les règles juridiques qui traduisent les valeurs sociales. Il faut rappeler que c'est dans ce contexte qu'a été adoptée la déclaration française dont le but était de dissiper le despotisme et de porter au premier rang le principe du des droits de l'homme et des libertés des citoyens.

titre qu'en dépit du fait que le « peuple français » disparaît de la suite, son ombre continue sans doute de planer parce que c'est lui qui, aux termes de l'alinéa 2 proclame tous les autres principes qui figurent dans les autres alinéas. Il ajoute, pour consolider, qu'il a des « actants » parmi lesquels nous distinguons l'Etat, ses collectivités ainsi que ses lois¹⁹⁹. Il établit là un rapport constitutionnel de redevabilité que matérialise le Conseil constitutionnel estimant qu'il résulte tant des alinéas 10 et 11 que du principe de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme de dégradation, la possibilité pour toute personne d'obtenir un logement décent²⁰⁰. Il est par conséquent opposable aux pouvoirs réglementaires et législatifs et ils en sont débiteurs.

Dans ce lien peuple-Etat (organe ou pouvoirs), fondé sur la garantie des principes qui rendent effective l'exercice des droits, transparait la prééminence de l'individu. D'un côté, il proclame des principes, de l'autre la jouissance lui est assurée par un « actant » qu'est l'Etat assorti de ses démembrements. Des mécanismes de réclamation individuelle prévus par la Constitution font la consistance de cette valorisation normative.

B- Consistance normative de la prééminence de l'individu

La prééminence de l'individu titulaire des droits opposables aux pouvoirs publics est déductible de l'analyse des mécanismes constitutionnels de saisine. Cette supériorité est expressément reconnue par une décision importante du juge constitutionnel.

En effet, lors d'un procès en cours devant une juridiction, un justiciable soutenant qu'une loi ou l'une de ses dispositions qui doit lui être appliquée, porte atteinte aux droits et libertés que garantit la Constitution, peut saisir le Conseil constitutionnel par l'entremise du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, pour un contrôle y afférent²⁰¹. Cette initiative est la résultante d'une révision constitutionnelle de 2008 à des fins de protection plus consistante des droits et libertés. Aussi, l'individu lésé peut saisir le défenseur des droits, une autorité administrative indépendante qui a pour mission de veiller au respect des droits et libertés dans les différentes structures administratives de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que tout

Voir à propos, CALOGEROPOULOS-STRATIS S., *op. cit.*, p. 18 et s. et ANDRASSY, J. « Le droit des peuples à l'autodétermination », *Revue de la politique internationale* », No 272-3.

¹⁹⁹ CHEVALIER J., Essai d'analyse structurale du préambule : https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/37/jacques_chevallier.pdf_4a0830a69fa99/jacques_chevallier.pdf

²⁰⁰ Décision 94-359 DC du 19 janvier 1995.

²⁰¹ Article 61-1 de la constitution française

organisme investi d'une mission de service public²⁰². Cette émancipation de l'individu a été historiquement consolidée par le juge constitutionnel dans sa décision liée aux lois référendaires²⁰³. Il se déclare incompétent pour contrôler la constitutionnalité des lois qui constituent l'émanation du peuple ou l'expression directe de la souveraineté nationale. Nous en déduisons l'opposabilité de cet acte juridique des individus aux pouvoirs publics que sont l'exécutif, le législatif et le judiciaire qui inclut le Conseil constitutionnel. Rappelons qu'en dépit des critiques dont elle est sujette²⁰⁴, cette institution demeure celle dont la décision est insusceptible de contestation en matière de justiciabilité des droits²⁰⁵. L'efficacité de l'exercice des droits par les individus et le jugement des autres juridictions sont confirmés par son verdict, s'il y a un doute et que sa saisine soit faite²⁰⁶. Donc l'incompétence du juge constitutionnel qui rend opposable des lois, expression directe de la souveraineté, aux pouvoirs publics, est consolidée par le fait que ces décisions soient incontestables. Nous en concluons à une valorisation constitutionnelle des individus que tous les pouvoirs publics doivent reconnaître.

Pour finir, cette décision a donné lieu à une qualification ultime du juge constitutionnel comme étant un organe désormais « *chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et la protection des*

²⁰²L'article 71-1, alinéa 2, de la Constitution

²⁰³Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962.

²⁰⁴ En plus de la polémique sur son caractère politique que perpétue la doctrine, ses décisions sont quelquefois qualifiées de floues. Voir à propos DANIELE L., « le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Revue Pouvoir*, n°13, 1990, pages 41-54.

²⁰⁵ L'article 62 de la constitution dispose en son second alinéa : « les décisions du conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Nous faisons allusion à ce que l'on peut appeler l'autorité de la chose jugée. Définie dans l'article 1351 par le code civil (« l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité »), le Conseil constitutionnel lui-même a tenu à le préciser dans certaines de ces décisions. C'est ainsi que dans sa décision n°62-18 du 16 janvier 1962, le juge constitutionnel affirmait : « *considérant qu'aux termes de l'article 62 in fine de la constitution : « les décisions du conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ; »*. Dans une autre décision (n°88-244DC du 20 juillet 1988), il en donne des précisions soutenant que : « *l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise ; qu'elle ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue, d'ailleurs, en termes différents »*

²⁰⁶ Il est cependant important de préciser que le Conseil constitutionnel est associé à deux Cours suprêmes nationales qui sont à la tête des deux ordres juridiques : d'un côté la prise en compte des réserves d'interprétation dépend de la bonne volonté des juges ordinaires et de leur reconnaissance de la jurisprudence constitutionnelle, de l'autre le pouvoir de filtrage des QPC par les deux Cours suprêmes peut l'empêcher de procéder au contrôle de constitutionnalité d'un texte.

droits fondamentaux »²⁰⁷. En disséquant cette nouvelle perception jugée conforme à l'esprit des textes constitutionnels nous tenons trois nouveaux raisonnements qui illustrent davantage cette valorisation de l'individu. Le Conseil constitutionnel « contrôleur de la constitutionnalité des lois ? » Sont uniquement concernées des lois résultant de l'expression indirecte de la souveraineté nationale. Celles qui découlent de l'expression directe de la souveraineté sont donc exclues. Nous ne faisons pas sciemment une redondance, mais insinuons que cette qualification ou compétence, même si elle n'est pas vague, nécessite une élucidation de laquelle résulte la prééminence de l'expression directe de la souveraineté attribuée à l'individu sur celle indirecte que met en œuvre le pouvoir législatif. Nous inférons ainsi de ce rapprochement une mise en valeur de l'individu.

Le juge constitutionnel « protecteur des droits ? ». Ces droits sont protégés contre les actes du législateur au profit de l'individu. Il s'agit soit des incohérences, de la complexité des lois qu'il adopte (En ce sens, il est contraint d'assurer une sécurité juridique, principe qui constitue une condition essentielle de l'exercice des droits. Le non-respect engendre des réclamations, des contentieux et entraîne une rupture d'égalité²⁰⁸), ou de la méconnaissance de ses compétences. Selon la jurisprudence constitutionnelle en la matière, ce motif peut être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que garantit la Constitution²⁰⁹;

Le juge constitutionnel « protecteur des droits ? » La protection des droits est réalisée en référence à des normes qui sont approuvées par des individus par référendum ou résultent de l'expression d'une souveraineté nationale. Donc cette nouvelle qualification, bien qu'étant conformiste, est peu novatrice, parce qu'elle est une expression déguisée de la qualification du juge constitutionnel comme un « *régulateur des compétences des pouvoirs publics* » d'une part,

²⁰⁷Dans sa décision du 6 novembre 1962, il se définit comme régulateur de l'activité du pouvoir public. Il dégagait ainsi cela des termes « l'esprit des textes constitutionnel » à l'origine. Suite à la critique des députés en 1992, dans la décision Maastricht III, affirmant essentiellement qu'il était difficile de percevoir le Conseil constitutionnel comme simple régulateur du pouvoir public, et aux révisions constitutionnelles de 1962, 1963, 1974, 1976 et 1992, il a tenu à non seulement supprimer les références à l'esprit du texte constitutionnel, mais au conseil constitutionnel régulateur des activités du pouvoir public. Il Laissait clairement comprendre qu'il était devenu un organe essentiellement chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et de la protection des droits fondamentaux. Décision n°92 313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht.

²⁰⁸Il se décline en des exigences de compréhensibilité, de prévisibilité et de normativité...etc. Voir à propos Conseil d'Etat. Rapport public 2006. Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité et complexité du droit. Voir aussi à propos BERTRAND M., « principe de sécurité juridique », *Cahier du Conseil constitutionnel* n°11, 2001.

²⁰⁹ Décision 2011-223 QPC du 17 février 2012

et de l'incompétence de celui-ci à contrôler des actes émanant directement du peuple d'autre part.

Des analyses de tant d'autres décisions du juge constitutionnel résultant des saisines a priori et a posteriori illustrent davantage l'emprise de l'individu sur l'Etat-organe dans le cadre du respect des droits sociaux, économiques, la santé notamment.

Paragraphe II - Support jurisprudentiel de la prééminence de l'individu

Dans la logique des normes, le Conseil constitutionnel français consacre constamment la volonté souveraine des individus d'imposer aux pouvoirs publics le respect et la protection des droits. Par une interprétation pluridisciplinaire de quelques-unes de ses décisions, nous le relevons à travers deux exigences constitutionnelles : la première, le droit au développement (public et individuel, notamment infantile), se trouve subordonné à la jouissance des autres droits sociaux parmi lesquels figure le droit à la protection de la santé. Elle interpelle aussi bien les pouvoirs publics pour la création d'un système de soins, que les individus qui l'ont proclamé pour un suivi sanitaire (A) ; la seconde, l'absence de la douleur de tout traitement médical compte tenu du fait qu'elle porte atteinte à la sauvegarde de la dignité humaine, principe qui promeut l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (B).

A- L'exigence du droit au développement individuel liée à la jouissance du droit à la protection de la santé

Saisi par des députés et sénateurs pour procéder au contrôle de conformité de la loi portant sur la création d'une couverture maladie universelle, le Conseil constitutionnel récapitulait dans le considérant 4 le dixième alinéa du préambule aux termes duquel « *la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement et que selon son onzième alinéa elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs...* »²¹⁰. Par cette consécration, la haute juridiction reconnaît, dans les mêmes logiques, que la jouissance du droit à la protection de la santé accordée par les individus, dans la norme dont elle est garante, est l'une des conditions essentielles du développement. Il s'agit d'une garantie distinctement accordée à des catégories de

²¹⁰ Décision 99-416 DC du 23 juillet 1999 loi portant création d'une couverture maladie universelle.

personnes vulnérables comme les enfants. Il est du reste question de la redevabilité de l'Etat traduite par la subordination du « développement » (public, individuel) à la jouissance de la santé.

Il s'agit, en premier lieu, du développement de la population entière c'est-à-dire de tous les individus qui la composent et de leur condition de vie. Le développement est ici considéré comme étant « *un processus cumulatif capable de combler l'écart entre deux Etats, il signifie une transformation des structures démographiques, économiques et sociales qui, généralement accompagnent la croissance* »²¹¹. La Déclaration internationale y afférente, le considère comme étant « *un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés et de bénéficier de ce développement* »²¹². La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 l'évoque différemment comme étant un droit dont la réalisation passe par l'effort national et la coopération internationale, en tenant compte de l'organisation et des moyens de chaque pays²¹³. Les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques ainsi qu'aux droits économiques, sociaux et culturels consacrent implicitement son interdépendance aux droits de la personne. Ceci est aussi rappelé par la Déclaration de Téhéran et celle sur le progrès et le développement dans le domaine social²¹⁴. Quant à elles, des résolutions de la commission des droits de l'homme l'ont évolutivement perçu comme un droit de la personne. C'est pour Azzouz Kerdoun « *un droit-synthèse qui, englobant un certain nombre de droits humains, déjà reconnus, les valorise et renforce leur effectivité* »²¹⁵. Jean-Jacques Israël, dans la même logique, le perçoit enfin comme étant « *une conception globale qui opère une conciliation (ou une réconciliation)*

²¹¹ ECHAUDEMAISON C-D., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Paris, Nathan, 1993, s.v. « développement ».

²¹² Article 1^{er} de la déclaration sur le droit au développement adoptée à l'Assemblée nationale dans sa résolution 41/128 du 14 décembre 1986.

²¹³ Article 22 de ladite déclaration universelle des droits de l'homme.

²¹⁴ Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social, Rés. CES 2542 (XXIV), Doc. Off. CES NU, 1969, supp. N°30, Doc. NU A/7630 49. Rés. CES 7 (XXXV), Doc. Off. CES NU, supp. N° 3, Doc. NU E/CN.4/1408 (1980) 174 à la p. 175. Rés. CES 4 (XXXV), Doc. Off. CES NU, supp. N° 6, Doc. NU E/CN.4/1347 (1979) 115 à la p. 116.

²¹⁵ ISRAËL J-J., « Le droit au développement », *R.G.D.I.P.* 1938 p. 39.

entre les droits politiques et les droits économiques sociaux, dont la reconnaissance implique la recherche simultanée de leur réalisation »²¹⁶.

Reconnu à toutes les personnes, la dimension collective de ce droit est complémentaire de sa dimension individuelle, comme le soutient la majorité de la doctrine²¹⁷. Nous pouvons donc constater que ce droit ne se réalise ou n'existe que par tant d'autres, comme le droit à la protection de la santé que l'Etat français fait bénéficier en substance par la protection universelle maladie (une prestation non contributive qui permet l'accès aux soins), la complémentaire santé ainsi que la complémentaire santé solidaire ouvrant une prise en charge d'une fraction des dépenses sanitaires²¹⁸. Le Conseil constitutionnel le consacre en indiquant que « *concernant la couverture complémentaire sur critère de ressource.... le législateur a choisi d'instituer au profit de ses bénéficiaires, compte tenu de la faiblesse de leurs ressources et de la situation de précarité qui en résulte, une prise en charge intégrale des dépenses de santé et une dispense d'avance de frais, l'organisme prestataire bénéficiant d'une compensation financière de la part d'un établissement public créée à cet effet que le choix d'un plafond de ressources, pour déterminer les bénéficiaires d'un tel régime, est en rapport avec l'objet de la loi ...* »²¹⁹.

Il s'agit, en second lieu, du développement par l'épanouissement corporel de l'individu subordonné à la jouissance de la santé. C'est surtout, dans la logique du préambule de la Constitution française de 1946, la création d'un cadre sanitaire favorable à la bonne croissance des enfants qui doit être une préoccupation étatique. Le constituant insiste sur cette particularité en employant le terme « notamment ». Il prône la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant²²⁰,

²¹⁶ KERDOUN A., « Droit au développement en tant que droit de l'homme : portée et limite », *Revue québécoise de droit international* n°1, Vol 27, p.80.

²¹⁷ Voir à propos LEUPRECHT P., « Droits individuels et droits collectifs dans la perspective du droit au développement » dans *Droits de l'homme et droit au développement*, Louvain-la-Neuve, université Catholique de Louvain, Centre des droits de l'homme, Silvio Marcus Helmans, 1989.

²¹⁸ Pour des Etats en voie de développement, ces initiatives sont souvent complétées par l'approvisionnement en eau, l'assainissement et la salubrité surtout pour les petites nations. Ce sont brièvement des éléments qui déterminent un développement social. Voir à ce propos, les précisions de l'organisation mondiale de la santé, sur la santé sur les objectifs du millénaire pour le développement, p. 43.

²¹⁹ Décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, loi portant création couverture maladie universelle.

²²⁰ Par cette sémantique de protection sanitaire restreinte à l'enfant nous nous opposons à la Cour de cassation qui insinuait que « l'intérêt supérieur de l'enfant » n'existe pas dans le bloc de constitutionnalité, qu'il n'a pas une valeur constitutionnelle, et que le Conseil constitutionnel ne peut par conséquent s'y fonder pour déclarer inconstitutionnelle une loi. En d'autres termes, il est possible de déduire cette notion, de l'analyse terminologique de la protection sanitaire liée uniquement à l'enfant. Voir Cass. Ch. Sociale-25 janvier 2012-N° de pourvoi : 11-40090 /question prioritaire de constitutionnalité-intérêt supérieur de l'enfant –code de l'action sociale-principe

celui-ci étant « *un concept qui cherche à atteindre un état idéal, le bien-être de l'enfant et qui fonde la garantie pour lui de voir son intérêt pris en compte de manière systématique* »²²¹. Explicitement, l'intérêt supérieur de l'enfant correspond à la sauvegarde de son bien-être impliquant celle de sa santé indispensable à sa bonne croissance. Cette concordance est fondée sur la perception de la santé comme étant « *un état de bien-être complet physique, mental social et ne consiste pas seulement à une absence de maladie ou d'infirmité* »²²². Elle est aussi justifiable par le fait que le bien-être, notion polysémique exige le respect des droits fondamentaux²²³ parmi lesquels figure la santé, d'une importance capitale²²⁴. Elle est enfin démontrable par le fait que le bien-être soit assimilable à un « *niveau de vie suffisant* »²²⁵ substantiellement constitué de la santé²²⁶.

Ce sont de part et d'autre des responsabilités conjointes mises à la charge des parents et de l'Etat. L'individu lui-même, par un suivi sanitaire, contribue à la jouissance du droit au développement infantile qu'il a proclamé. Et l'Etat lui apporte son soutien en créant les conditions nécessaires. Ces dernières tiennent d'abord à la création d'un système sanitaire prévoyant des services de soins infantiles telle que la pédiatrie. C'est une branche spécialisée de la médecine dont les études sont consacrées au développement psychomoteur normal de l'enfant ainsi qu'à des pathologies²²⁷. Elles tiennent ensuite à ce qui procure légalement des moyens d'existence convenables aux parents leur permettant d'accorder cette sollicitude. Ceci implique que l'Etat doit faciliter aux parents la jouissance du droit au travail²²⁸ afin qu'ils puissent supporter les

consacré par la Convention internationale des droits de l'enfant-irrecevabilité-non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

²²¹ZERMATTEN J., *L'intérêt supérieur de l'enfant, de l'analyse littérale à la portée philosophique*, institut international des droits de l'enfant, Working report 3-2003, p.10.

²²²Définition donnée par l'organisation mondiale de la santé, à la santé dans le préambule de sa constitution.

²²³FORSE M., LANGLOIS S., *Sociologie du bien-être*, Paris, édition 2014, PUF, N° 64, Page 262.

²²⁴« Le stade ultime de la protection celle-ci est considéré comme étant celle de la vie ». Voir à propos BERTRAND M., *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel, cahier constitutionnels*, 1999, n°6 pages 89.

²²⁵Voir l'article 27 de la convention internationale des droits de l'enfant

²²⁶Voir l'article 25 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

²²⁷<https://www.academie-medecine.fr/dictionnaire/>.

²²⁸Il s'agit là de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution française de 1946 qui dispose : « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Ajoutons qu'il ne s'agit pas seulement d'assurer la jouissance de ce droit, mais de l'accompagner par certaines mesures comme il transparait dans cette disposition. Des mesures, nous faisons allusion à celles qui interdisent toutes formes de discrimination d'accès à l'emploi, et au travail. Ainsi tout salarié, tout candidat ayant droit à un emploi, un stage ou une période de formation en entreprise est protégé par la loi contre les discriminations à l'embauche et au travail. L'article L.1132 interdit toute distinction entre salariés fondée entre autre sur : « l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation, l'identité sexuelle, l'âge, la situation de famille, la grossesse, les caractéristique génétiques, l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie,

charges sanitaires de leurs enfants. La reconnaissance de ce droit est esquissée par d'anciens textes français et clairement définie dans l'actuelle Constitution : dans le premier titre de la Constitution du 3 septembre 1791²²⁹, dans l'article 21 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 juin 1793²³⁰ ou des articles 4 et 8 du préambule de la Constitution du 4 novembre 1848²³¹. Il faut préciser que ces derniers textes avaient une particularité, celle de ne procurer du travail qu'aux citoyens malheureux et nécessiteux. Le préambule de la Constitution française de 1946 consacre un véritable droit à l'emploi reconnu à tous. Elle dispose que « *chacun a le droit de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* »²³². Le Conseil constitutionnel indiquait à propos qu'il appartient au législateur, dans le cadre de l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution pour fixer les principes fondamentaux du droit au travail, « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible* »²³³. En plus, ce préambule en adéquation avec la Convention internationale des droits de l'enfant, met à la charge de l'Etat l'obligation de combler le déficit lié au travail. C'est ainsi qu'il dispose que : « *Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existences* ». Son observation est une exigence constitutionnelle que les pouvoirs législatif et règlementaire doivent dans la mesure du possible et conformément à leur compétence assurer, indiquait le Conseil constitutionnel français²³⁴.

une nation ou race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, le lieu de résidence, l'état de santé, le handicap ». Voir JACQUEMET N., « discrimination au travail, qu'elle ampleur, qu'elle solution ? », *Regard croisé sur l'économie*, n°13, 2013, pages 49-63. BERTHOU K., « Discrimination au travail panorama du droit international et du droit communautaire », *Informations sociales*, n°148,2008, pages 46-57.

²²⁹ « Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des vertus et talents ».

²³⁰ « Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ».

²³¹ Aux termes de l'article 4, « la république française a pour principe la liberté, l'égalité, et la fraternité. Elle a pour base la famille, le travail, la propriété, l'ordre public ». Aux termes de l'article 8 « la République française doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail et mettre au protégé de chacun l'instrument indispensable à tous les hommes ; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler ».

²³² Article 5 du préambule de la constitution française de 1946.

²³³ Décision n°83-156 DC du 28 mai 1983.

²³⁴ Décision n°2003-483 DC du 14 août 2003.

Donc, sur le fondement de cette dernière exigence, nous pouvons soutenir que l'Etat Français, indépendamment de ses engagements internationaux, c'est-à-dire antérieurement à la ratification de la Convention (puisqu'elle fut adoptée après la constitution de 1946), éprouvait déjà le souci de garantir à tout enfant un niveau de vie suffisant qui favorise son développement sain par l'entremise des personnes assurant l'autorité parentale : celles-ci dans l'incapacité d'obtenir un emploi nécessaire pour la sauvegarder de la santé, sont pourvues des moyens par l'Etat. Il s'agit d'une expression constitutionnelle de protection de la santé de l'individu par l'Etat que nous développerons davantage dans une décision qu'a rendue le Conseil constitutionnel suite à une requête juridictionnelle²³⁵.

B- L'exigence de protection de l'individu contre la douleur

En appréciant un test osseux à des fins de détermination d'âge, dans une décision QPC du 21 mars 2019²³⁶, le Conseil constitutionnel institue indirectement une obligation de prévention et d'éradication de la douleur qui promeut le droit à la protection de la santé. Ses observations sont en revanche susceptibles de précisions : contrairement au requérant qui invoque la violation du droit à la protection de la santé par des dispositions²³⁷ autorisant le recours à un examen radiologique comportant selon lui des risques²³⁸, le juge constitutionnel soutient qu'un tel examen ayant pour seul objet de déterminer l'âge n'est effectivement réalisé qu'avec l'accord de l'intéressé, mais n'expose en revanche à aucun risque sanitaire. Il ajoute que cet acte médical ne produit aucune douleur corporelle et n'est point attentatoire à la dignité de la personne humaine²³⁹. De l'analyse de ce considérant nous déduisons une détermination de la nature de « La douleur » que nous tenons à préciser. Définie comme étant « *une expérience sensorielle et émotionnelle désagréable, associée à une lésion tissulaire réelle, potentielle en des termes*

²³⁵ Voir infra.

²³⁶ Décision n°2018-768 QPC du 21 mars 2019, M. Adama S (examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge).

²³⁷ « Le mineur est l'individu de l'un des deux sexes qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valable et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé. Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé. En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires ».

²³⁸ Décision 20181-768 QPC du 21 mars 2019. Cons.2

²³⁹ Décision 20181-768 QPC du 21 mars 2019. Cons.18

évoquant une telle lésion »²⁴⁰, la douleur est successivement prévue en 1995²⁴¹ et 1996²⁴² par des textes législatifs français. Sa prise en charge est reconnue dès 1999 comme étant un droit fondamental pour toute personne, par la loi sur les soins palliatifs²⁴³. Cette reconnaissance significative sera confortée par la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé²⁴⁴. Elle constitue ainsi un objectif de valeur constitutionnelle à atteindre dans les prochaines années²⁴⁵.

Elle constitue une caractéristique de la dégradation sanitaire et doit par conséquent être absente des interventions médicales. Cette prohibition est fondée sur le bloc de constitutionnalité, comme l'indique le Conseil constitutionnel par ricochet. En détail, promouvant le droit au respect de la dignité humaine, l'interdiction constitutionnelle de faire subir à un individu des traitements dégradants inclut toute pratique ou intervention médicale douloureuse. C'est-à-dire que si le juge constitutionnel observe qu'un examen infligeant une douleur demeure inconstitutionnel, ceci implique qu'à l'avenir toute pratique médicale d'un tel effet ne peut être autorisée, au motif qu'elle porte atteinte au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre tout traitement inhumain et dégradant. Cette édification concorde avec celles de la Cour européenne des droits de l'homme qui interdisent toute pratique ayant pour visée l'affliction de graves souffrances qui s'avèrent physiquement et psychologiquement pernicieuses²⁴⁶. Nous aurons donc de bonnes raisons, nous substituant aux professionnels de santé, de soutenir que l'administration des produits médicaux ayant pour objet de prévenir, d'atténuer ou d'éradiquer la douleur d'un patient est fondée sur la norme constitutionnelle qu'explicite ici le juge. Nous pouvons à titre illustratif évoquer l'anesthésie et son usage. Elle éradique des sensations douloureuses lors d'une procédure médicale et porte soit sur un membre, une région ou encore l'organisme entier²⁴⁷.

²⁴⁰BOUCKENAERE D., « La douleur chronique et la relation médecin-malade », *Cahier de psychologue clinique*, n°28, 2007, p. 169.

²⁴¹ Loi du 4 février 1995 n° 95-116 portant diverses dispositions d'ordre social

²⁴² Ordonnance du 28 mai 1996 n° 96-452 portant diverses mesures d'ordre sanitaire, social et statutaire.

²⁴³ Loi du 9 juin 1999 visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs.

²⁴⁴ Loi du 4 mars 2002 n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Aussi la consacrait comme un droit fondamental, la circulaire du 30 avril 2002 n° 266 relatives à la mise en œuvre du programme national de lutte contre la douleur 2002-2005 dans les établissements de santé.

²⁴⁵ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique. 5. Certification des établissements de santé version 2.

²⁴⁶ Voir l'arrêt *Dikme c/ Turquie* du 11 juillet 2000, p. 186, § 93.

²⁴⁷ C'est pour son utilisation qu'a été pris un décret qui en établit une procédure et est protecteur des individus contre toute éventuelle douleur. Décret n°94-1050 du 5 décembre 1994 relatif aux conditions technique de fonctionnement

Rapport entre le patient et le médecin, la prise en charge de la douleur doit être immédiate et toute indifférence médicale y afférente est promotrice d'une dégradation sanitaire²⁴⁸ : elle peut résulter autant d'une action que d'une abstention professionnelle. Donc autant le médecin doit s'abstenir de l'infliger par une pratique médicale, il doit tout mettre en œuvre pour la prévenir ou l'en empêcher. Il s'agit dans certaines circonstances²⁴⁹, d'une obligation professionnelle de prévention ou d'éradication des souffrances graves, consacrée par le Code français de santé publique²⁵⁰. Clément Cousin précise qu'il s'agit des obligations du médecin découlant du droit du patient de bénéficier d'un soin antalgique : « *une obligation de résultat du médecin de prévenir, d'évaluer, prendre en compte la douleur* », qui consiste à mettre en place des mécanismes qui facilite la prise en charge de la douleur²⁵¹ et « *une obligation du médecin de traiter la douleur tempérée par l'art médical* » qui consiste en l'éradication de la douleur par l'administration des soins²⁵². Dans une résolution, la Commission des stupéfiants de l'ONU en fait une obligation qu'il rappelle, de façon répétitive aux Etats²⁵³. Dans cette même logique, la Cour européenne, prônant la protection de l'intérêt supérieur des enfants, paraphrasait les tribunaux britanniques qui soutenaient qu'appliquer un test qu'imposent des requérants aux médecins pour guérir la maladie de leur enfant risquait de l'exposer à de graves souffrances. Les versions concordantes de ces juridictions nationales, scientifiquement fondées sur celles des

des établissements de santé en ce qui concerne la pratique de l'anesthésie et modifiant le code de la santé publique. L'article D. 712-40 du Code de santé publique.

²⁴⁸ Voir ci-dessus les textes de lois français de 1995 et 1996 à propos.

²⁴⁹ L'éradication de la souffrance des malades en fin de vie.

²⁵⁰ Les articles 1110-5 et 1110-5-3 du Code de santé publique français fondent cette intervention : « toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de préventions, d'investigation ou de traitement et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté » ; « Toute personne a le droit de recevoir des traitements et soins visant à soulager sa souffrance. Celle-ci doit être en toute circonstance, prévue, prise en compte, évaluée et traitée. Le médecin met en place l'ensemble des traitements analgésiques et sédatifs pour répondre à la souffrance réfractaire du malade en phase avancée ou terminale même s'ils peuvent avoir comme effet d'abrégé la vie. Il doit en informer le malade sans préjudice du quatrième alinéa de l'article L 1111-2, la personne de confiance prévue à l'article L 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches du malade ».

²⁵¹ Comité de lutte contre la douleur, formation des soignants et aides-soignants....

²⁵² CLEMENT C., « Droit du patient de recevoir des soins antalgiques à l'obligation du médecin de prendre en charge la douleur » p. 2

²⁵³ Résolutions 53/4 (2010) et 54/6 (2011). Malgré, ces rappels, en 2012, l'OMS constatait en 2012 que 83% de la population mondiale n'avait pas accès, ou a insuffisamment accès aux traitements de douleurs modérées ou sévères. En Afrique 32 pays n'ont presque pas de morphine. Aux Etats-Unis plus d'un tiers des patients n'étaient pas traités contre la douleur. En France, les médecins sous-estimaient les douleurs du VIH. Voir Rapport du rapport spécial sur la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains et dégradants. Juan E Méndez.

experts confirmaient que le risque du traitement imposé, même s'il est apparemment inoffensif (aucun test de ce traitement n'ayant pas été expérimenté), pourrait infliger à l'enfant une douleur et une souffrance continuelle²⁵⁴.

A l'aune de ces détails nous pouvons donc soutenir que le droit à la protection de la santé est, à l'égard de l'individu, sur le fondement des normes constitutionnelles cette attitude ou cet agissement des organes étatiques qui, soit éradique, atténue la douleur, ou en prévient par des moyens légaux, son infliction par des pratiques médicales dégradantes. Cette appréhension est autant utile pour la France que pour les Etats d'Afrique qui s'y réfèrent et sont irrespectueux de l'individu, de ces valeurs juridiques et historiques.

Section II - De l'opposabilité constitutionnelle du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics en Afrique francophone

La garantie constitutionnelle du droit à la protection de la santé par les pouvoirs publics en Afrique francophone est aux antipodes celle de la France. Si cette dernière reconnaît dans sa Constitution, sous-tendue par la jurisprudence y afférente, que l'individu est à l'origine de la reconnaissance de ce droit fondamental et en exige le respect, l'Etat en Afrique francophone s'yarroge sémantiquement le monopole. Cette divergence est démontrable par l'examen de quelques dispositions constitutionnelles guinéennes, béninoises et sénégalaises (Paragraphe I) appuyé par l'appréhension des positions des juges constitutionnels qui sont fortement critiquables au regard des suspicions de partialité dans des interventions résultant des saisines directes, c'est-à-dire sans filtre juridictionnel (Paragraphe II).

²⁵⁴Cour EDH, 27 juin 2017 Charles Gard et a.C. Royaume-Uni, re. N°.39793/17. Citation de la Cour

Paragraphe I - Une reconnaissance du droit à la protection de la santé par les Etats d'Afrique francophones aux antipodes de celle de la France

Par l'examen des textes constitutionnels béninois, sénégalais et guinéen, nous pouvons constater que des Etats d'Afrique francophones sont, simultanément proclamateurs du droit à la protection de la santé, accordent sa jouissance et exigent son respect. Il s'agit d'un cumul et d'une appropriation injuste des droits qui ne sont pas sans impact sur les sujets qui en sont pourtant titulaires. Nous saurons le démontrer en précisant notamment qu'à l'opposé des termes « nation et peuple » que préfère la France dans sa Constitution, les concepts « Etat et République » présentent confusément l'apport de l'individu dans la reconnaissance évolutive des droits fondamentaux (A). Ceci est d'ailleurs matérialisé par l'abus de pouvoir de l'autorité étatique, dans le cadre spécifique du respect de ce droit objet d'étude (B).

A- Une consécration qui évoque confusément l'apport de l'individu

Distingués par des circonstances historiques, celle d'une lutte visant à affranchir des individus du despotisme²⁵⁵ et de la domination coloniale²⁵⁶, la France et les Etats d'Afrique qui l'imitent doivent absolument glorifier l'individu dans leurs Constitutions respectives, en faisant de lui l'unique fondement et origine des droits et libertés : si précédemment nous avons indiqué dans la Constitution française, des termes « nation et peuple » qui le magnifient manifestement en tant que personnalité juridique active, dans des Constitutions des Etats d'Afrique francophones, il semble peu exalté, alors qu'elles mentionnent l'adhésion à des textes internationaux, telle que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui avait non seulement pour instigateur des individus²⁵⁷, protège des droits des communautés²⁵⁸ qu'ils constituent, mais consacre aussi

²⁵⁵ Le despotisme est le pouvoir d'un homme sans règle. Constituant le prince son bon plaisir est la seule loi. Le despotisme est le mal politique absolu. Voir LEMAITRE A-J., « La chalotais et l'Etat, question sur le despotisme et l'absolutisme éclairé » Parlement [s], *Revue d'histoire politique*, n°15, 2011, pages 75-91. Voir aussi RICHET D., « autour des origines idéologiques lointaines de la révolution française : élites et despotisme », *Annales économie société, civilisation*, n°1 1969, pages 1-23.

²⁵⁶COQUERY-VIDROVITCH C., « les africains et la colonisation », *L'Afrique noire de 1800 à nos*, 2005, pages 224-243.

²⁵⁷Franklin Roosevelt fut la première personne à avoir l'idée de rédiger une déclaration qu'elle devait adresser à tous les êtres humains pour les conscientiser et éviter une récurrence des atrocités des guerres mondiales. Cette idée sera perpétuée après sa mort par sa femme Eleanor Roosevelt. Bien que par la suite l'Etat fût impliqué, il reste aussi abstrait par rapport aux individus qui le constituent. Nous pourrions en citer Gaston Jèze qui affirmait « *je n'ai jamais diné avec une personne morale* » à laquelle on peut confondre sans conteste l'Etat. Pour argumenter cette individualité on ne peut oublier la contribution du juriste René Cassin à qui l'on doit la qualification « universelle » attribuée à la Déclaration. Il affirmait ainsi que les droits que ce texte renfermait ne concernaient pas que des

l'interdiction de l'esclavage, de la servitude, ainsi que la protection de la santé²⁵⁹ qui leur sont bénéfiques²⁶⁰. Ainsi, à ce sujet, les concepts « République et Etat » retiennent notre attention, en lisant les différentes consécutions sénégalaise, béninoise et guinéenne de la santé :

« La République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits économiques et sociaux ainsi que les droits collectifs. Ces droits et libertés sont notamment ...le droit à la santé »²⁶¹ ; « ...l'Etat a l'obligation absolue de la respecter et de la protéger. Il lui garantit un plein épanouissement. A cet effet, il assure à ses citoyens l'égal accès à la santé... »²⁶² ; « chacun a droit à la santé et aux bien-être physique. L'Etat a le devoir de les promouvoir, de lutter contre les épidémies et les fléaux sociaux »²⁶³.

La République est un régime politique que l'Etat organisé par une Constitution, met en œuvre sur le fondement des spécificités qui permettent de l'opposer au régime monarchique²⁶⁴. Une autre acception présente plutôt ses éléments constitutifs que sont « *la démocratie, la souveraineté du peuple, l'opinion publique, le suffrage universel* »²⁶⁵. Dans l'une comme l'autre, nous relevons un exposé imprécis de la valeur de l'individu considéré comme substance, support (à travers la souveraineté) et sujet de satisfaction de l'Etat dans le cadre de la protection des droits. Autrement dit, nous voyons en ces définitions une réunion de concepts politiques et juridiques²⁶⁶ qui, sous réserve d'interprétation, ne laisse pas apparaître la véritable valeur de l'individu. En démontre succinctement Olivier Beaud affirmant qu'« *il y a République quand il y a statut défini,*

citoyens ressortissants d'Etat, mais des individus appartenant à la même fratrie. Par opposition à l'œuvre d'une personne morale ou d'institution étatique, la logique de la déclaration est celle des victimes (individus) où qu'elles se trouvent.

²⁵⁸ Il faut toutefois préciser que ces droits des communautés confondus à ceux des individus, doivent être exercés dans les limites du respect des droits de l'homme. Ce qui exclut la réalisation de certaines pratiques culturelles, comme l'excision préjudiciable à la santé.

²⁵⁹ Il faut en rappeler que la santé consacrée par ce texte à l'article 25, est un droit individuel d'usage individuel, même si l'on peut en démontrer le contraire par le concept de santé publique. On peut relever l'un des caractéristiques de l'individualité dans le rapport entre médecin et patient en ce sens que le second exige du premier le respect de son consentement. En d'autres termes, nulle autre personne, sauf dans le cas des mineurs, ne peut consentir pour autrui, afin que des soins lui soient administrés. Article R.4127-36 du code de la santé publique.

²⁶⁰ Article 4 de la déclaration universelle des droits de l'homme

²⁶¹ Article 8 de la constitution sénégalaise

²⁶² Article 8 de la constitution béninoise

²⁶³ Article 15 de la constitution guinéenne

²⁶⁴ CHABROT C., *op. cit.*, p. 259.

²⁶⁵ POLIN R., *La République entre démocratie sociale et démocratie aristocratique*, Paris, presse universitaire, édition 1997.

²⁶⁶ Nous faisons allusion aux concepts : régime politique, Etat et Constitution.

conjointement défini, du souverain et du citoyen »²⁶⁷. Il fait allusion à un régime politique constitué d'Etat et des citoyens. Les deux éléments ont respectivement une fonction qui est déterminée. Dérivé de la citoyenneté²⁶⁸ qui le rattache à l'Etat, le citoyen constitue au fond l'individu qui dépasse son inquiétude son intérêt propre et pense le collectif. C'est donc l'individu qui pense et agit pour le groupe. Il en détiendra ainsi les droits attachés à chaque niveau de collectivité : locale, nationale et internationale²⁶⁹.

Cette valeur de l'individu identifiée par un rapport étroit de serviabilité qui induit le bénéfice des droits est déductible de la perception de la souveraineté caractéristique de la république. Ainsi, aux termes de l'article 2 de la Constitution guinéenne « *elle appartient au peuple qui l'exerce par les représentant élus et par voie de référendum, aucune fraction du peuple, aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ». Ici, l'interdiction normative faite à l'« individu » d'en faire, seul usage ou s'en attribuer l'exercice, pour reprendre les mots du constituant guinéen, établit son appartenance à celui-ci qui ne doit l'exercer qu'en s'associant aux autres, formant ainsi une collectivité. Rappelons qu'en droit français, c'est une réalité que le juge constitutionnel français a rendu incontestable en 1962 en refusant le contrôle des lois référendaires qui en sont issues²⁷⁰. En septembre 1992, il l'a confirmé de façon ambiguë en déclinant de nouveau sa compétence²⁷¹. Ces deux décisions constituent, comme l'indique, Olivier Beaud « *un resurgissement du peuple comme souverain* »²⁷².

En scrutant aussi la « démocratie » une autre composante de la république²⁷³, nous constatons l'omniprésence de l'individu. Elle est perçue comme « *Gouvernement de tous par opposition au gouvernement de quelques-uns* »²⁷⁴, et « *pouvoir du peuple c'est-à-dire l'ensemble des citoyens*

²⁶⁷BEAUD O., « Chapitre IV, sujet, population, territoire », *la puissance de l'Etat, Paris presse universitaire*, de France, 1994, p. 110.

²⁶⁸DESMONS E., *Figure de la citoyenneté*, Paris, Harmattan, édition 2006, p.116.

²⁶⁹BIOY X., *op.cit.*, page 534.

²⁷⁰ Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962.

²⁷¹ Décision n°92-308 DC du 9 Avril 1992.

²⁷² BEAUD. O, « le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations » *Revue de droit politique*, n°21 : <http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-sur-la-souverainete-et-ses-approximations-1238.html>

²⁷³Ceci est indiqué dans la constitution guinéenne. La disposition laisse comprendre que la démocratie est une composante de la république dont le principe est le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. Article premier de la Constitution guinéenne.

²⁷⁴Nous faisons allusion à des régimes politiques, tels que l'aristocratie et la monocratie : le premier est régime dans le pouvoir est officiellement détenu par une élite minoritaire mais dominante. Le deuxième est une forme de gouvernement où le pouvoir effectif réside dans la volonté du chef de l'Etat.

(individu) qui apprécient majoritairement »²⁷⁵. Cette seconde acception est illustrée et mise en œuvre par la Charte africaine de la démocratie et de la bonne gouvernance qui réserve une place importante aux citoyens. Elle leur accorde une protection et exige des Etats partis la jouissance effective des droits et libertés en tenant compte de leur universalité et leur interdépendance²⁷⁶.

Enfin, cette présence imperceptible du sujet de droit est constatable de l'analyse de l'expression « opinion publique ». Selon Jean-Luc Mathieu, elle est la libre détermination de soi-même et la traduction de la liberté d'expression sans laquelle il n'y aurait aucune garantie sérieuse des droits. Allusion est faite à l'individu qui, précédemment à un examen dans son for intérieur²⁷⁷, exerce une liberté consacrée par les normes pour approuver ou désapprouver la sauvegarde des droits par l'Etat. Il s'agit alors d'une jouissance individuelle de la liberté d'expression souvent pluralisée par des concertations et consolidée par la sollicitation des structures internationales défenseuses des droits, comme la fédération internationale des ligues des droits de l'homme²⁷⁸. Donc, de l'examen d'un enchevêtrement de notions ou de leurs éléments caractéristiques, nous constatons l'importance accordée à l'individu. Mais force est de constater, qu'il y apparait uniquement comme bénéficiaire des droits ou possesseur du pouvoir, notamment législatif (la souveraineté directe) et non comme une institution qui, en France, relativement à la naissance de l'Etat moderne, est acteur de la disparition de la servitude et proclame des droits. En d'autres termes, à côté des termes spécifiques « peuple et nation » desquels nous déduisons facilement dans la formule de consécration française du droit à la protection de la santé, l'activisme de l'individu, les termes « République et Etat » restent à première vue que purement politiques, flous et moins évocateurs de cette réalité historique. L'Etat est perçu dans les dispositions constitutionnelles d'Afrique francophone, comme producteur des droits qu'il accorde à l'individu et l'y assujettit. Donc, autant suggérer d'y remplacer les termes « Etats ou République » qui l'englobe par les mots « nation ou peuple ».

²⁷⁵LE POURHIET A., « Définir la démocratie », *Revue française de droit constitutionnel* N°87, 2011, p.454.

²⁷⁶Article 6 de la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance.

²⁷⁷ « L'opinion public repose sur un principe de raison, d'examen et de discussion reconnu à chacun. Un corollaire important concerne la protection de ce principe, notamment par un travail d'éducation destiné à favoriser le libre examen individuel et collectif ». « C'est dilatation du for intérieur de chacun dans lequel s'opère un examen public de l'Etat du monde » Voir DALEIDA N., « l'opinion publique » *Hermès, la Revue*, n°70, 2014, pages 88-92.

²⁷⁸MATHIEU J. L., *La défense internationale des droits de l'homme*, Paris, presse universitaire de France, édition 1997, p. 14.

Malgré ces critiques défavorables, il faut louer le Benin par rapport aux autres Etats d'Afrique, pour l'emploi du terme « obligation absolue ». Il laisse comprendre, qu'eu égard au caractère « fondamental » de la santé, l'Etat ne peut justifier le manquement à sa garantie vis-à-vis des individus. Il a donc une obligation positive à laquelle s'ajoute celle négative. Il s'agit dans le cadre de la protection de ce droit, d'exiger de l'État, en plus de son abstention de prendre des mesures contraires à l'observation des dispositions des traités, d'en mettre en œuvre pour en assurer la garantie²⁷⁹. Nous opposons là, au terme devoir, la sémantique de l'obligation.

Ce monopole coupable est traductible par l'abus de pouvoir de l'autorité étatique, que l'on peut manifestement constater.

B- Une consécration qui traduit l'abus de pouvoir de l'Etat

Les formules de consécration constitutionnelle présentées reflètent exactement l'abus de pouvoir de l'Etat. Il s'approprie tout en ce qui concerne les droits : la proclamation qui, pourtant résulte d'une longue bataille de l'individu qui a mis fin à la domination coloniale, l'attribution et le respect. C'est une exagération normative. Non pas par complaisance, mais par conformisme, tout devait apparaître comme en Europe, plus particulièrement en France où les gouvernants ne sont pas possesseurs du pouvoir, mais assument une simple fonction qui leur a été confiée par des individus qui, bien qu'ayant des divergences linguistiques et culturelles, partagent des réalités communes. L'Etat, à travers ses organes, ne fait qu'assurer l'expression juridique de la puissance collective. Dans ce schéma, il est autant que l'individu soumis au droit et exige son respect dans les limites de la préservation de l'ordre public. Sa crédibilité à l'ordre national et international en dépend. Un regard sur la particularité de la Guinée à travers les rapports des organisations internationales, nous présente un Etat qui, par l'entremise de la torture qu'exécutent ses chargés du maintien d'ordre²⁸⁰, porte atteinte indirectement à la santé²⁸¹. L'Etat n'observe donc pas les

²⁷⁹Ainsi dans le cadre particulier de la santé, la Cour européenne des droits de l'homme précise que l'Etat à l'obligation générale de protéger la vie contre les risques de maladie. CEDH, Berkay contre Turquie, arrêt du 1/03/2001, requête n° 22493/93, §154.

²⁸⁰ Ils ne sont pas en marge de la réglementation nationale et internationale. Le Code de déontologie de la police nationale en dispose que « les policiers s'acquittent de leur mission dans le respect de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, de la loi fondamentale, des conventions internationales et des lois ». De même, le code de conduite des forces de l'ordre dispose que « dans l'exercice de leurs missions, les forces de défense se doivent de respecter le droit national, le droit international humanitaire et les droits de l'homme ». Spécifiquement il leur est exigé de s'abstenir de porter atteinte à la convention internationale contre la torture en agissant en dehors de leur cadre légal, dont les conséquences sont l'atteinte à la santé.

critères de qualification d'Etat de droit²⁸² et ne crée pas un environnement favorable à la jouissance des droits²⁸³.

Notons que ces observations sont en substance fondées sur la transgression des dispositions de la Constitution²⁸⁴ réductibles au « respect de la dignité humaine » que promeut l'interdiction « *la torture, les traitements inhumains et dégradants* ». Il importe d'affirmer en référence à la France et pour immortaliser l'effort individuel, que ce droit est intemporel. Il tient ce caractère de deux dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui consacrent l'interdiction de l'esclavage et de la servitude²⁸⁵. En détail, dans le préambule de la Constitution française de 1946 et dans l'interprétation qu'en fait le juge constitutionnel, est constamment rappelé et ceci reste une tradition (que juridicise l'Etat), que ce droit est la résultante d'une lutte acharnée pour affranchir des individus de la servitude et du despotisme. C'est ainsi qu'on y voit incessamment la formule « *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont*

²⁸¹<https://www.acatfrance.fr/public/rapport-guinee-juillet-2017.pdf>

²⁸²La commission européenne pour la démocratie droit le droit à travers une étude n°711/2013 a établi une liste des critères de qualification d'un Etat de droit, qui sont entre autres : la légalité, la sécurité juridique, la prévention de l'abus de pouvoir, l'accès à la justice, le droit à un procès équitable et l'existence d'une justice constitutionnelle. Parmi ces critères cités, est ici en cause, le non-respect de la prévention de l'abus de pouvoir qui consiste à un dépassement des limites légales d'une fonction. Ce que nous constatons dans le cadre de l'accomplissement de la tâche assignée à l'armée guinéenne, qui par excès, attente à la santé et la vie des individus. Aussi, la Charte africaine de la démocratie, des élections, et de la bonne gouvernance, ajoute d'autres critères mais au profit de la bonne gouvernance. Elle en dispose ainsi aux termes de l'article 2 que : « *promouvoir et renforcer l'adhésion au principe de l'Etat de droit fondé sur le respect et la souveraineté et la suprématie de la constitution et de l'ordre constitutionnel dans l'organisation politique des Etats parties* ». Mais, il faut préciser que respect la constitution et l'ordre constitution sous-entend, l'observation des droits que cette norme consacre, notamment en faveur des individus. C'est ainsi qu'en plus des droits politiques, (le droit d'être éligible, et de voter en ayant réuni toutes les conditions civiques), on distingue des droits sociaux économiques par lesquels on peut compter la santé que consacre l'article 16 de la charte africaine des droits de l'homme.

²⁸³Nous faisons allusion aux conditions que peut créer l'Etat pour la jouissance facile des droits. Ainsi, dans le cadre particulier de la Guinée, nous en citons en exemple précis l'abstinence de la répression des manifestations qui doit résulter d'une bonne éducation des forces de l'ordre. Le contraire contreviendrait indirectement à des droits, comme la santé par torture. Ceci peut découler de l'obligation positive à laquelle l'Etat est assujettie, ou en être une obligation supplémentaire. C'est dans ce cadre que s'inscrivent plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, exigeant l'efficacité des voies de recours pour les individus afin que ceux-ci puissent protéger par la saisine des juridictions les droits que tentent de violer des personnes privées ou publiques. Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, Centro Europe 7 et di Stefano c. Italie, 38433/09, 7 juin 2012, paragraphes 134, 156 ; Bărbulescu c. Roumanie, 61496/08, 12 janvier 2016, paragraphes 52 sqq. Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, Sylvester c. Autriche, 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003, paragraphe 63 ; P.P. c. Pologne, 8677/03, 8 janvier 2008, paragraphe 88.

²⁸⁴« La personne humaine et sa dignité sont sacrées. L'Etat a le devoir de les respecter et de les protéger. Les droits et les libertés énumérés ci-après sont inviolables, inaliénables et imprescriptibles. Ils fondent toute société, et garantissent la paix et la justice dans le monde ». L'être humain a droit au libre développement de sa personnalité. Il a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale. Nul ne peut être l'objet de tortures, de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

²⁸⁵Article 4 et 5 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

*tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine... »*²⁸⁶. Donc, même si de nos jours, le Conseil constitutionnel y affecte une nouvelle portée relative à différentes requêtes, cette historicité reste mémorable. En référence à cette réalité française, il est évident de rappeler dans la Constitution guinéenne, suite à une révision que l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants assortie du respect de la dignité ou sa sacralisation, résulte d'une idée de prévention des actes d'une telle nature entre autres, l'esclavage et la servitude. Ainsi, la Cour constitutionnelle peut constamment les ressasser en appréciant d'autres affaires sur le fondement du droit qui y est lié.

Cette perspective est consolidée par la convergence de la norme constitutionnelle avec celles législatives et internationales qui interdisent cette pratique. Suite à la révision du Code pénal du 2016, l'esclavage a été classé dans la catégorie des crimes contre l'humanité et les auteurs sont condamnés à perpétuité²⁸⁷. La Charte africaine des droits de l'homme dispose à propos que « *tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'aviissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains et dégradants sont interdits* »²⁸⁸. La Commission africaine des droits de l'homme et du peuple dans une résolution²⁸⁹ corroborait cette exigence en demandant aux Etats de se prononcer sur le caractère impératif du crime contre l'esclavage. Récemment des experts des droits de l'homme de l'ONU sommaient les autorités maliennes de mettre fin à cette pratique après que quatre hommes qui en sont soumis, ont été battus à mort²⁹⁰. Quant à elle, la Cour européenne des droits de l'homme en donne des précisions, indiquant dans une affaire qu'une ressortissante togolaise de 18 ans n'était pas traitée d'esclave, mais était plutôt dans une situation de servitude, en travaillant des années comme domestique pendant 15 heures par jour sans congé, ni rémunération. Elle se réfère ainsi au sens classique de l'esclavage tel que défini

²⁸⁶Dans la décision bioéthique le Conseil constitutionnel le récapitulait : « considérant que le préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres... qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle* ». Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994. Cons. 2.

²⁸⁷ Article 195 du nouveau Code pénal guinéen.

²⁸⁸ Article 5 de la charte africaine des droits de l'homme et du peuple.

²⁸⁹ Résolution N°398 sur les flux migratoires, mixtes, les défis de protection des migrants et l'interdiction de la traite des personnes et de toutes formes de violence en Afrique du Nord et subsaharienne-CADHP/RES.398(LXII) 2018.

²⁹⁰ <https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26219&LangID=F>

dans la Convention relative à l'esclavage signée à Genève, aux termes de laquelle « *l'esclavage est l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exerce les attributs du droit de propriété ou certain d'entre eux* ». ²⁹¹.

Il faut pour conclure, souligner que la lutte contre la torture consacrée par la Constitution n'est pas pleinement prise en compte par l'appareil judiciaire de l'Etat Guinéen. Il manque la ratification du protocole relatif à la Convention contre la torture, les traitements cruels inhumains et dégradants²⁹². Bien qu'ayant érigé cet acte en une infraction condamnable à 20 ans de prison²⁹³, il reste en contradiction avec le droit international : des agissements qui correspondent à la définition de la torture telle qu'inscrite dans la Convention internationale, sont rangés dans le Code pénal dans la catégorie des traitements « inhumains et cruels » pour lesquels aucune sanction n'est précisée. Il s'agit entre autres du viol, des décharges électriques, des brûlures, le maintien dans des positions douloureuses, de la privation sensorielle et des simulacres d'exécution et de noyade²⁹⁴. Nous pouvons donc en déduire que le législateur guinéen contrevient au principe de légalité des délits et des peines qui voudrait qu'un texte notamment pénal qui incrimine un comportement, en détermine les sanctions. Ce principe s'inscrit dans une logique d'exigence de prévisibilité à laquelle souscrivent le Conseil constitutionnel français²⁹⁵ et la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁶.

Cette analyse qui démontre les limites de l'Etat autant dans la théorie que dans la pratique, s'observe plus ou moins par la jurisprudence constitutionnelle africaine.

²⁹¹SILIADIN c. France. N°73316/01, para 122.

²⁹²<https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR2910802019FRENCH.PDF>

²⁹³Article 232.1 et article 234.

²⁹⁴Article 232.2 du Code pénal guinéen.

²⁹⁵Décision du 18 janvier dite censure du délit de malversation-faute de définition de la malversation.

²⁹⁶CEDH, affaire Cantoni c. France, 15 novembre 1996, n°17862/ 91.

Paragraphe II- L'apport de la jurisprudence constitutionnelle

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle béninoise et sénégalaise nous présente, dans le cadre de l'observation du droit à la protection de la santé, deux figures des Etats d'Afrique francophones : tantôt, ils s'acquittent de cette obligation constitutionnelle au profit de l'individu, par la mise en œuvre des mécanisme de saisine directe de la Cour constitutionnelle, ce que nous établirons surtout par la garantie du droit à un environnement sain (A), tantôt leurs interventions résultant de ce même mécanisme sans un filtre juridictionnel, méprisent celui-ci. Elles laissent paraître d'ailleurs des doutes qui font d'eux des organes de sauvegarde peu fiables qui, du fait de leur similitude de fonctionnement avec les juridictions administratives et judiciaires, nécessitent une veille juridictionnelle supra-étatique (B).

A- L'observation du droit à la santé au gré de l'individu

Rappelons tout d'abord la particularité du constitutionnalisme béninois, celle liée à la possibilité de saisir directement la Cour constitutionnelle sans passer par les juges ordinaires. En cela l'Etat béninois se distingue des autres Etats d'Afrique francophones qui ont une pratique identique à celle de la France²⁹⁷. Déjà, à l'aune de cette nouveauté, l'individu est pleinement impliqué dans la mission de protection de la santé. Dans la jurisprudence constitutionnelle, il y apparaît encore plus comme un véritable « adversaire constitutionnel » de l'Etat, notamment dans le cadre de la justiciabilité du droit à la protection de la santé, en exigeant de celui-ci, son respect et sa garantie. En démontre l'analyse d'une des décisions²⁹⁸ de la Cour constitutionnelle béninoise, dans laquelle le requérant allègue l'implantation par son voisin d'une ferme qui pourrait être à l'origine d'une affection pulmonaire. Se fondant sur la disposition constitutionnelle aux termes de laquelle « *la personne humaine a droit à un environnement sain, satisfaisant et durable et a le devoir de le défendre. L'Etat veille à la protection de l'environnement* »²⁹⁹, il saisit au préalable l'autorité de tutelle, le ministre de la santé, puis les huissiers, enfin la Cour constitutionnelle. Cette suite de saisine peut sembler excessive, mais résulte de l'obligation constitutionnelle du « *devoir de la personne de défendre l'environnement* ». C'est, par ricochet, la valorisation d'une

²⁹⁷ C'est-à-dire qu'à part le Bénin les autres états d'Afrique francophone ont limité la procédure constitutionnelle à la saisine institutionnelle, et individuelle énoncée dans l'article 61 et 61-1.

²⁹⁸ Décision DCC 02-065 du 05 juin 2002. http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/020665.pdf

²⁹⁹ Article 27 de la constitution béninoise

prérogative constitutionnelle pouvant être exercée par tous. Elle traduit, de plus, « *l'égalité d'accès à la santé* »³⁰⁰, c'est-à-dire que ce « devoir » est un moyen juridique que la Constitution accorde autant à l'Etat qu'à l'individu pour se protéger et préserver la santé publique et le juge constitutionnel y veille. Particulièrement, il s'agit pour l'Etat d'une obligation positive de sauvegarde d'un droit, la santé en l'occurrence. Par ailleurs la saisine d'une juridiction nationale, quelle qu'elle soit, par le justiciable est assortie de son incapacité de faire observer cet impératif³⁰¹ et ainsi de faire valoir sa volonté personnelle de défendre l'environnement.

Cette initiative individuelle à visée protectrice doit toutefois être favorisée par le fonctionnement impartial des instances juridictionnelles. Nous évoquons spécifiquement l'observation du droit à une bonne administration de la justice instituée par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il voudrait que l'individu ait une liberté de saisir des juridictions nationales qui connaissent la violation de ses droits, que sa cause y soit entendue, qu'il bénéficie enfin d'un procès équitable³⁰². Jean-Paul JACQUÉ³⁰³ abordant son insertion dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, le considère en ce sens comme un droit-gigogne aux composés divers, appartenant à toute personne et ayant pour débiteur les institutions étatiques et les organes. Elle permet une fluidité juridictionnelle qui constitue pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'un des critères essentiels de qualification de l'Etat de droit³⁰⁴.

Du reste, cette observation du droit à la protection de la santé incitée par l'individu est déductible de l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle sénégalaise. Elle ne fait pas en réalité peau neuve mais permet d'appréhender le raisonnement de la Cour constitutionnelle qui, en exigeant de l'Etat le respect des droits sociaux économiques au profit des individus, en précise leurs

³⁰⁰ Article 8 de la constitution béninoise

³⁰¹ Est spécifiquement concerné ou mis en cause ici, l'autorité de tutelle c'est-à-dire le ministre en charge de la protection de l'environnement.

³⁰² Voir directive et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique, 2003 : https://www.achpr.org/fr_legalinstruments/detail?id=38

³⁰³ JACQUÉ J-P., « Droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne », *Revue française d'administration publique*, n°137-138, vol 1-2, 2011, p.80.

³⁰⁴ C'est dans ce cadre que s'inscrivent plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, exigeant l'efficacité des voies de recours pour les individus afin que ceux-ci puissent protéger par la saisine des juridictions les droits que tentent de violer des personnes privées ou publiques. Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, *Centro Europe 7 et di Stefano c. Italie*, 38433/09, 7 juin 2012, paragraphes 134, 156 ; *Bărbulescu c. Roumanie*, 61496/08, 12 janvier 2016, paragraphes 52 sqq. Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme, *Sylvester c. Autriche*, 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003, paragraphe 63 ; *P.P. c. Pologne*, 8677/03, 8 janvier 2008, paragraphe 88.

limites de jouissance. Ainsi, dans la décision n°2/c/2013, la Cour constitutionnelle « *considérerait que ni la liberté syndicale, ni le droit de grève ne sont absolus. Qu'en disposant qu'ils s'exercent dans le cadre prévu par la loi, le constituant a entendu affirmer que le droit de grève ainsi que la liberté syndicale ont des limites résultant de la nécessaire conciliation entre la défense des intérêts professionnels dont la grève est un moyen et la préservation de l'intérêt général auquel la grève peut porter atteinte* ». Il « *considérerait aussi que l'article 8 alinéa 2 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ratifié par le Sénégal le 13 février 1978 se situe dans cette perspective lorsqu'il précise que la garantie constitutionnelle du droit de grève n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique* ». De l'interprétation combinée de ces deux précédents considérants résulte l'exigence constitutionnelle de respect du droit de grève par l'Etat. C'est un droit individuel d'usage collectif³⁰⁵ pouvant faire l'objet d'une nécessaire restriction eu égard à l'intérêt général³⁰⁶, notion consubstantielle au droit à la protection de la santé, que l'Etat est contraint de respecter. En détail, l'obligation constitutionnelle qu'a l'Etat d'assurer la jouissance du droit de grève est relativisée par une restriction visant à promouvoir l'intérêt général. Cette notion est polysémique et pourrait être confondue à la protection de la santé afin d'y rattacher la restriction de l'exercice de la liberté de faire grève³⁰⁷. L'intérêt général désigne largement « *l'ordre public, l'intérêt du peuple ou la priorité des décisions administratives sur les intérêts privés, sectoriels, les droits individuel et les contrats entre particulier (à travers des mécanismes juridiques comme la préemption, l'expropriation pour des motifs d'intérêt général ou d'utilité publique ou le travail d'intérêt général)* »³⁰⁸. C'est un tout ou un ensemble qui, en notre sens, signifie la somme des intérêts des individus qui forme la nation. L'intérêt général est donc celui de la nation et l'intérêt de la nation c'est prioritairement la protection des droits, la santé en l'occurrence. L'Etat en a exclusivement la compétence et ses décisions y afférentes s'appliquent à tous c'est-à-dire

³⁰⁵GAY L., « DROIT DE GREVE ET LIBERTE SYNDICALE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE : des libertés « particulières ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°45, Vol 4, p.40.

³⁰⁶ En suivant le constituant français qui a limité le droit de grève qui s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent, le Conseil d'Etat et constitutionnel conviennent qu'il s'exerce en conciliation nécessaire avec la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être à porter atteinte. Voir CE Ass.7 juillet 1950, Dehane, *Rec.* p.426. Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, *Rec.*, p. 33.

³⁰⁷Article 25 de la constitution sénégalaise

³⁰⁸<https://journals.openedition.org/asterion/2996, 2017>.

l'individu et les organes de l'Etat. Le Conseil d'Etat indiquait à juste titre que « *l'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord dans cette perspective, l'expression de la volonté, ce qui confère à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui s'imposent, par-delà leurs intérêts particuliers* »³⁰⁹. Donc, le juge constitutionnel sénégalais soutenant que le droit de grève est susceptible d'interdiction pour préserver l'intérêt général, tient un raisonnement protecteur de la santé. C'est l'hypothèse d'une interdiction de faire grève pour préventivement préserver la santé dans une période propagatrice ou pos-propagatrice d'une épidémie ou pandémie. C'est une période exceptionnelle pendant laquelle l'exercice individuel ou collectif d'une liberté n'est pas admis. Nous voudrions préciser que si le juge constitutionnel sénégalais a une démarche identique à celle de la France avec un cadre de réglementation semblable, il est important que son raisonnement soit adapté à des circonstances africaines de sauvegarde des droits, ce qui, il faut le préciser, relève spécialement de la compétence du législateur³¹⁰.

Ces déductions prouvent que les théories constitutionnelles d'Afrique francophones restreintes ici ces deux Etats, accordent d'importants moyens à l'individu pour contraindre l'Etat à la sauvegarde de la santé. Mais elles restent par moment peu fiables et nécessitent une veille des juridictions supra-étatiques.

B- La nécessité de garantie d'une juridiction supra-étatique

Nous évoquons dans l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle d'Afrique francophone que l'individu, à travers des mécanismes différents, incite l'Etat au respect du droit à la santé. C'est une considération qu'érodent en revanche des décisions qui infirment les violations. Dans la jurisprudence béninoise, pour le moment la plus fournie, nous en distinguons parmi tant d'autres, la non-violation de la Constitution à l'issue de deux recours simultanément introduits auprès de la Cour constitutionnelle pour traitements inhumains et dégradants reprochés à un directeur

³⁰⁹ Réflexion sur l'intérêt général-Rapport public 1999

³¹⁰Le Conseil constitutionnel dans la jurisprudence bioéthique (n°94-343/344DC), a indiqué qu'il ne disposait pas du pouvoir d'appréciation identique à celui du parlement. Considérant : qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne détient pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur. Sur le fondement de ce considérant, le législateur doit être plus précis. Il s'agit d'une jurisprudence constante que le Conseil constitutionnel affirme souvent dans les arbitrages éthiques en droit de la santé depuis la décision de 1974 sur l'IVG.

général de police³¹¹. Un autre recours en inconstitutionnalité contre la police municipale de Cotonou accusée des mêmes actes préjudiciables à la santé³¹². Ces décisions bien qu'émanant d'une haute juridiction, n'échappent pas à la présomption d'iniquité, juridiquement basée sur le fait qu'elles soient rarement la conséquence d'un filtre juridictionnel. En d'autres termes, ses arrêts qui sont insusceptibles de recours et acquièrent l'autorité de la chose jugée dès qu'ils sont rendus³¹³, n'étant pas quelquefois l'approbation de ceux des juridictions ordinaires³¹⁴, ne convainquent pas ses observateurs. Ceux-ci estiment que la concordance des décisions de différents collèges de juges n'est pas un hasard. Pour y remédier autant la soumettre à la vigilance de la Cour ou Commission africaine des droits de l'homme, pour la justiciabilité plausible et effective des droits fondamentaux telle que la santé et tant d'autres qui s'y rapportent. Nous suggérons donc que soit nouvellement définie par une loi organique, sous l'angle de la protection sanitaire, la possibilité pour tout justiciable de saisir la Commission africaine des droits de l'homme après avoir été débouté par la Cour constitutionnelle. Il faudra alors procéder à une révision de l'article 7 de la Charte Africaine l'y inclure pour éviter toute contradiction normative. Cette perspective a une double justification : l'uniformité de démarche de la Cour constitutionnelle avec celle des juges ordinaires qui se résume à l'engagement des requêtes sous forme de mémoire et au principe du contradictoire et sa référence fréquente à la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple³¹⁵ qui constitue le texte de base de la Commission africaine des droits. Ainsi, dans le cadre particulier des traitements inhumains et dégradants, que le juge constitutionnel se sente visé par les directives de cette juridiction sous régionale de tutelle.

L'une des communications liées à la torture, aux traitements inhumains et dégradants, faite par cette commission africaine des droits de l'homme établit la justesse de cette perspective. Pour elle, l'individu doit être exempté de l'épuisement des voies de recours, dès lors qu'il s'est avéré

³¹¹ Décision DCC 15-012 du 22 janvier 2015 http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2015-012.pdf

³¹² Décision DCC 14-047 du 4 mars 2014 : http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2014-047.pdf

³¹³ Article 124 de la constitution béninoise : « les décisions de la cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles ».

³¹⁴ L'arrêt à beaucoup plus de valeur quand elle est similaire à celui qu'a rendu préalablement les juridictions ordinaires. Ce qui, en l'espèce n'est pas le cas, parce que ces dernières ne sont souvent pas saisies.

³¹⁵ Décision DCC 14-013 du 16 janvier 2014 : http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2014-013.pdf

qu'il a fait ou fait l'objet d'une torture de la part de son Etat. Elle fonde cette initiative sur le fait qu'il soit impossible pour ses victimes d'en établir les preuves qui sont imperceptibles³¹⁶ et quand l'Etat s'estime coupable et qu'il est à court d'argument, il allègue le non-épuiement des voies de recours. C'est ainsi que dans les communications Aboubacar c. Ghana³¹⁷, Sir Dawda K. Jawara³¹⁸ c. Gambie, Kazeem Aminu c. Nigeria³¹⁹, la Commission africaine a estimé qu'il n'était d'aucune nécessité d'exiger des victimes l'épuisement des voies de recours internes. Donc, s'il est loisible, dans ces cas décrits, de ne pas épuiser les voix de recours, il ne serait pas du tout condamnable, suite à une déclaration d'invalidation, d'irrecevabilité ou d'incompétence du juge constitutionnel béninois, que l'individu opposé à un agent de l'Etat, saisisse la Commission.

Consécutivement à une révision de la Charte l'approbation par la Commission africaine peut être un revirement suscitant des controverses, mais pour l'intérêt de l'individu, la protection de ses droits, la santé en l'occurrence et leur opposabilité aux pouvoirs publics, il sera admissible. Cette dernière exigence que nous valorisons, va de pair avec l'accessibilité que nous aborderons dans le chapitre suivant.

³¹⁶ Communication 92/93, 17^e session ordinaire, (mars 1995), Huitième rapport annuel d'activités, 1994-1995.

³¹⁷ Communication 103/93, 21^{ème} session, (octobre 1996), dixième rapport annuel d'activités, 1996-1997.

³¹⁸ Communication 147/95 et 149/96, 27^{ème} session ordinaire, (27 avril-11 mai 2000), 13^{ème} rapporte annuel d'activités, 1999-2000.

³¹⁹ Communication 205/97, 27 sessions ordinaires, Alger, 11 mai 2000.

Chapitre II- L'examen constitutionnel de la jouissance du droit à la protection de la santé par des individus

La jouissance régulière des droits sociaux, économiques et culturels présente nettement le degré d'organisation d'un Etat³²⁰, de son pouvoir politique qui en est l'instrument de satisfaction³²¹. La constitutionnalisation en est la seule garantie possible. La France l'illustre dans sa Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas point de Constitution* »³²². Il s'agit de la traduction matérielle de l'obligation imposée aux Etats par les instruments internationaux, après ratification³²³. Mais, cette protection juridique est fragmentaire sans l'existence des lois et des règlements précis qui en procèdent. Il s'agit du schéma institutionnel d'exercice des droits et d'institution des sanctions liées aux cas d'infractions individuelles ou institutionnelles. Contrairement aux Etats européens dans lesquels cette institutionnalisation est quasiment complète, dans des Etats africains, elle reste perfectible et doit être nécessairement poursuivie. Ce cadre dérisoire peut être illustré par la précarité de la santé, la déficience du droit qui la régit. Tantôt sa consécration constitutionnelle est insatisfaisante, tantôt ce sont les normes législatives afférentes qui laissent à désirer et les pratiques professionnelles qu'elles régulent ainsi améliorables. Les usagers qui en bénéficient, s'indignent. Alors autant focaliser les efforts scientifiques en passant en revue, en référence à des théories françaises, l'accessibilité de la consécration de ce droit dans les textes constitutionnels, notamment ceux du Benin, du Sénégal, de la Guinée (section I) et les déclinaisons législatives et réglementaires qui sous-tendent les pratiques s'y rapportant (section II).

³²⁰Le travail, la santé, le logement etc...sont la traduction matérielle des activités et besoins, qui constituent des droits sociaux économiques auxquels l'Etat doit nécessairement affecter une protection (voir ci-dessous article 2 du pacte international relatif aux droits sociaux, économique et culturels). De là découle ou non une satisfaction manifestée par une liberté d'expression, qui présente la portée de l'organisation de l'Etat et l'efficacité de ses moyens matériels, et juridiques employés.

³²¹De nos jours, conséquence de l'exercice des droits politiques, le droit de vote notamment, les pouvoirs politiques restent au service, des droits sociaux, en assurant satisfaction et la garantie, comme nous l'avons précédemment illustré par le pacte.

³²²Article 16 de la déclaration française des droits de l'homme de 1789.

³²³L'article 2 alinéa 2 et 3 du pacte international relatif aux droits sociaux économiques dispose :« Les Etats parties au présent pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre fortune, la naissance ou toute autre situation ; Les pays en voie de développement, compte dûment tenu des droits de l'homme et de leur économie nationale, peuvent déterminer dans quelle mesure ils garantissent les droits économiques reconnus dans le pacte à des non ressortissants ».

Section I - De l'accessibilité de la consécration constitutionnelle du droit à la protection de la santé

Méthodologiquement, nous trouvons judicieux et logique qu'une tentative de perfectionnement d'une norme constitutionnelle en référence à une autre, sous un quelconque angle, parte de sa présentation qui en donne un aperçu. C'est ainsi que nous ferons l'exposé des différentes formes de consécration constitutionnelle (directe et indirecte) du droit à la protection de la santé en Guinée, au Benin ainsi qu'au Sénégal, en faisant une appréciation nuancée du fait de l'usage d'un terme réservé, dans des législations et structures d'assistance publique, qu'à une catégorie de personnes et d'un autre, superflu (paragraphe I). Cette critique s'étend sur l'absence d'une singularité de jouissance du droit à la protection de la santé par le « droit au repos » et la distinction des personnes vulnérables des autres, que prévoient les dispositions constitutionnelles françaises (Paragraphe II).

Paragraphe I - De l'architecture constitutionnelle de consécration du droit à la protection de la santé

Un regard croisé sur la Constitution guinéenne, béninoise et sénégalaise nous permet de faire une catégorisation des consécration du droit à la protection de la santé. Celle-ci comporte, premièrement, une reconnaissance directe, distinguée par les mentions « égal accès à la santé », « droit à la santé et à un état de bien-être physique ». Bien qu'étant satisfaisants, du fait de l'adjonction du principe d'égalité, ils restent perfectibles en raison de l'emploi d'un terme (« accès ») réservé au constat du degré de jouissance des droits par des personnes vulnérables, défavorisées et ayant un handicap physique ou financier. A cette remarque s'ajoute l'usage des concepts « santé et état de bien-être » qui paraît excessif (A). Cette première consécration perceptible s'oppose à une seconde faite par ricochet, qui est sous-jacente à la protection environnementale et l'éradication des épidémies (B).

A- La consécration directe du droit à la protection de la santé

A priori, la formule de consécration béninoise de la santé paraît meilleure, mais elle n'est pas pour autant exempte de critiques tout comme celle de la Guinée dans laquelle nous relèverons un excès ainsi qu'une imprécision imputable au constituant. L'exemple concis et précis de la France, bien qu'opposé à celui des instruments internationaux pourrait bien être une référence.

En effet, la mention béninoise « égal accès à la santé » nécessite une analyse terminologique pour en assimiler le contenu et en déterminer les limites. Ainsi, nous nous intéressons surtout à « l'accès à la santé » que nous substituons à l'expression « accès au droit » opposable au pluriel « accès aux droits », du fait que la santé soit un droit accordé aux individus³²⁴. Ces expressions sont mieux explicables en droit français où elles paraissent utilement et sciemment employées et y est identifiable la jouissance de la santé. Ainsi, l'usage singulier qui est plus généraliste résulte d'un constat lié au besoin grandissant des citoyens à l'égard de la justice. Il voudrait que les structures juridictionnelles leurs soient plus accessibles et efficaces en leur apportant une aide, dite « aide d'accès au droit et à la justice ». Institué par divers instruments dont les instigateurs sont en grande partie des associations, l'accès au droit est fondé sur les principes « *d'objectivité, de non-stigmatisation, de participation, du juste droit et de décloisonnement des politiques sociales* ». Il s'entend « *d'un vecteur de socialisation et d'insertion, un facteur de cohésion sociale ainsi qu'un outil de lutte contre les facteurs d'exclusion et de discrimination* »³²⁵. C'est, selon le Conseil départemental, « *un droit pour chaque personne de bénéficier gratuitement d'une information sur ses droits et devoirs et être en mesure de les faire valoir* »³²⁶. Cette dernière définition entretient un rapport terminologique avec celle fournie par la loi du 18 décembre 1998, selon laquelle l'aide à l'accès au droit « *consiste pour chaque individu à bénéficier d'une information générale sur ses droits et obligations, d'une aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique, l'assistance au cour des procédures non juridictionnelles, la*

³²⁴BERTRAND M., « La protection de la santé par le juge constitutionnel-à propos et à partir de la décision de la cour constitutionnelle italienne », *Cahier du conseil constitutionnel* n° 185 du 20 mai 1998.

³²⁵Voir Charte nationale de l'accès au droit : entre JEAN-JACQUE URVOAS, ministre de la Justice garde des sceaux et les associations et fondation régies par la loi du 1^{er} juillet 1901. Préambule, p.2.

³²⁶Elle est instituée par la loi sur l'accès au droit (loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, modifiée par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) prévoit l'institution dans chaque département, d'un conseil départemental de l'accès Droit (CDAD)

consultation en matière juridique, l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes »³²⁷. Ces différentes acceptions évoquent plusieurs besoins constituant des droits dont la jouissance pourrait avoir une finalité sanitaire. Nous en assimilons le droit à « l'aide juridictionnelle » qui permet à des catégories de justiciables de bénéficier de l'Etat d'une assistance financière en vue de se défendre et d'être assisté lors d'un procès³²⁸. Il s'agit, comme le précisent des auteurs, « d'un droit qui permet l'accès au droit des justiciables en transférant le risque de coûts de procès à un tiers »³²⁹. Facilitant l'exercice du « droit fondamental d'agir en justice » que reconnaissent le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme³³⁰, sa perception est subordonnée à des conditions à réunir³³¹. Donc, un individu voulant par exemple, dénoncer la violation de son droit à la protection de la santé et n'en dispose pas des moyens financiers suffisants, peut en faire la demande. C'est donc un droit de nature générale, dont le bénéfice est personnel. C'est-à-dire que si l'aide juridictionnelle s'adresse à tous les citoyens, n'en bénéficient que des nécessiteux qui sont financièrement vulnérables pour la protection d'un droit, la santé en l'occurrence. Nous y assimilons de même le droit d'accès à l'information qui, selon la loi du 17 juillet ne concerne que les documents et non les données³³². La doctrine en donne des précisions en appréhendant les « données publiques, celles qui sont tout simplement produites ou collectées au cours du fonctionnement d'une activité de service public, soit par une personne publique, soit par une personne délégataire »³³³. Juridiquement l'accès à l'information est une concrétisation du principe général du droit d'accès à l'information publique. Elle impose une double contrainte au gouvernement, celle de publier et diffuser les informations essentielles sur les activités des organismes publics et celle de répondre aux

³²⁷Loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit

³²⁸Cette déduction précise part du fait qu'en France, depuis des années l'accès tourne autour de l'accès à des tribunaux des justiciables. C'est ce qui d'ailleurs conduit à la création des maisons de justice et du droit visant à rapprocher le justiciable du service de la justice. Voir <file:///C:/Users/Dell/Desktop/accès%20au%20droit%20à%20la%20santé.pdf>.

³²⁹ LOVAT B., DUHANT D., « Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique : coexistence ou substitution dans l'accès au droit », *Revue française d'économie*, n°4, vol XXVII, pages 115-148.

³³⁰Assemblée nationale, Rapport d'information n°3319, 6 avril 2011.

³³¹ Vous pouvez bénéficier de l'aide juridictionnelle si : vos ressources sont inférieures à un certain plafond ; l'action en justice n'est pas manifestement irrecevable ou dénuée de fondement ; vous n'avez pas d'assurance de protection juridique couvrant les frais du procès. Concernant le montant de l'aide juridictionnelle : le niveau dépend de votre situation financière et du nombre de personne que vous avez à votre charge. Les reprise en compte sont : les vôtres, celle de votre conjoint et celle des autres personnes vivant dans votre foyer même à votre charge. <https://www.justice.fr/simulateurs/aide-juridictionnelle>

³³² GUGLIELMI G-J., « Numérisation des données publiques et données publique numériques », in TEYSSIE B., (dir), *La communication numérique, un droit, des droits*, éditions Panthéon Assas, 2012, pp. 539-555.

³³³Ibid.

demandes du public et de lui fournir les documents ou les informations qu'il sollicite³³⁴. En illustre, dans le cadre sanitaire, l'accès aux informations liées à l'interruption volontaire de grossesse³³⁵. Les tentatives d'y porter atteinte ont nécessité l'institution d'un « *délit d'entrave, étendu aux fausses informations et non objectives* »³³⁶. Le Conseil constitutionnel l'a approuvé en déclarant conforme à la Constitution, avec des réserves, la loi qui l'a institué³³⁷.

Par opposition à cette conception singulière, celle plurielle (« accès aux droits ») indique, selon la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, l'accès aux droits-créances parmi lesquels figure la santé³³⁸. Il s'entend d'une mise en œuvre effective des droits fondamentaux. Le premier titre de cette législation intitulée « accès aux droits » présente une série d'aménagements des droits sociaux ordonnés en chapitre (accès à l'emploi, au logement, aux soins, exercice de la citoyenneté) pour en assurer la jouissance effective aux intéressés. Mais force est de constater à travers les travaux des organisations et associations, que cette expression est pratiquement plus affirmée pour l'entretien des populations défavorisées. En démontre dès 1995, la création par « l'Association Droit d'Urgence », d'une permanence juridique hebdomadaire³³⁹ au sein de la permanence d'accès aux soins de santé de l'hôpital Saint Antoine de l'AP-HP. L'idée incitative était d'y faire des interventions juridiques avec des populations qui

³³⁴CANAVAGGIO P., *vers un droit d'accès à l'information publique*, UNESCO, 2014, p. 10.

³³⁵ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Rapports relatif à l'IVG et information sur l'avortement sur internet*. Voir aussi le *Rapport du Conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale : L'organisation du système de soins en matière d'interruption volontaire de grossesse*.

³³⁶ Consécutivement à la proposition de la loi n°4118 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, l'article L.2223 du code de santé publique est complété par l'alinéa suivant qui a trait à l'information : «*Soit en diffusant ou en transmettant par tout moyen, notamment par des moyens de communication au public par voie électronique ou de communication au public en ligne, des allégations, indications ou présentations faussées et de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur la nature, les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse ou à exercer des pressions psychologiques sur les femmes s'informant sur une interruption volontaire de la grossesse ou sur l'entourage de ces dernières.* ».

³³⁷ Décision n°2017-747DC du 16 mars 2017.

³³⁸ L'article 1^{er} de cette loi garantit « sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans le domaine de l'éducation, de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice de l'enfance ».

³³⁹ Les permanences sont des endroits d'accueil, d'écoute, de conseil et d'accompagnement dans les démarches administratives et juridiques. De nos jours, elles ont plus tendance à n'être liées qu'à la régularisation ou de renouvellement de titre de séjour, c'est-à-dire focaliser leurs activités sur l'entretien des étrangers. Des équipes de bénévoles formés accompagnent les personnes pour répondre aux questions, conseiller les personnes et leurs proches.

semblent exclues, et qui manifestent une certaine méfiance vis-à-vis des institutions comme la maison de justice et du droit³⁴⁰.

Soulignons que, si « l'accès au droit et aux droits » n'ont jamais explicitement fait l'objet d'une reconnaissance par le juge constitutionnel, l'égalité qui en garantit l'effectivité, l'a été³⁴¹. De part et d'autre nous constatons que l'usage de ces expressions traduisant « l'accès à la santé » est fait pour évaluer et accroître la jouissance des droits par des individus mais plus par une catégorie défavorisée ou nécessiteuse.

Cette sémantique converge en partie avec « l'assistance juridictionnelle » instituée au Bénin. C'est, en d'autres termes, l'une des traductions de « l'accès au droit ». Ayant pour fondement l'ordonnance n°73-53 du 2 août 1973, il s'agit en réalité d'un soutien financier et intellectuel destiné à la prise en charge des frais d'un procès ou d'une assistance juridique pour la résolution des litiges ou de l'exercice d'un droit, dont le bénéfice est accordé dans des conditions définies notamment de ressources. Elle a pour finalité l'éradication de la discrimination dans l'accès à la justice ou aux instances juridictionnelles, liée à la fortune. Donc, toute personne financièrement démunie et n'ayant pas assez de connaissance pourrait faire défendre ses droits telle que la protection de la santé par les principaux tenants de la justice de manière appropriée. Accordée en matière civile³⁴², administrative et pénale³⁴³, il s'agirait en réalité de l'aide juridictionnelle que nous évoquions en droit Français.

³⁴⁰A l'initiative des procureurs de la République elle assure une présence judiciaire de proximité dans les zones urbaines sensibles. Différents acteurs y interviennent : magistrat, éducateurs, travailleurs sociaux, avocats...tout en répondant à la délinquance quotidienne (action de prévention, d'insertion et de réinsertion, mesure alternative aux poursuites pénales) et aux petits litiges civils (logement, consommation, surendettement), ils proposent des solutions à l'amiable (une conciliation, une médiation). Des services liés à la connaissance des droits et comment les faire valoir : information, orientation, consultation juridique. www.droitsdurgence.org

³⁴¹Il a pu le rappeler dans sa décision du 16 décembre 1999 n°99-421, loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnances à l'adoption de la partie législative des codes. Voir à propos BARANES W., « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 361.

³⁴²En matière civile aux personnes physiques, aux établissements publics et aux associations privées qui ont pour objet une œuvre d'assistance lorsqu'à des raisons de l'insuffisance de leurs ressources elles sont dans l'impossibilité d'agir ou de se défendre en justice.

³⁴³A Préciser qu'en matière pénale le critère de ressources subsiste en matière correctionnelle mais seules peuvent bénéficier de l'aide judiciaire les personnes qui sont poursuivies. Aussi spécifiquement en matière pénale la loi n° 2012-15 du 17 décembre 2012 portant Code procédure pénale en République du Bénin prévoit diverses modalités de commission d'office d'avocat (Art. 125, 664). La loi n° 2018-8 du 23 janvier 2015 portant Code de l'enfant en République du Bénin prévoit la commission d'office obligatoire d'avocat pour l'enfant poursuivi (Art. 253).

Si autant en France qu'au Benin l'emploi du terme *accès au droit* est particulièrement fait pour constater ou accroître la jouissance des droits (confondu à la protection de la santé) par une catégorie de personnes, le constituant béninois se doit de revoir sa formule de consécration afin de la généraliser. Ce peut être appréciable de reprendre « le droit à la protection de la santé » qui est la formule française et adjoindre « le principe d'égalité » qui s'oppose aux discriminations injustifiées. Nous en obtiendrons « l'égalité jouissance du droit à la protection de la santé ».

Du reste, dans la Constitution guinéenne de 2010 le droit à la protection de la santé est largement consacré mais dans un terme inapproprié et avec des insuffisances. Aux termes de l'article 16 : « *chacun a droit à la santé et au bien-être physique* ». L'emploi des termes « *droit à la santé* » (qui dénote une obligation de résultat, ce qui est impossible, l'Etat ne maîtrisant pas les facteurs biologiques) et « *bien-être* » constitue un excès que nous relevons en référence à la définition de l'OMS dans le préambule de sa constitution. Pour cette institution, « *La santé est un état de complet de bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* ». Elle associe la santé au « *bien-être* ». Cependant, il faut préciser que le « *bien-être* » n'est pas que physique et social, il est aussi mental. Cette seconde facette promeut les maladies psychologiques que nous illustrons par la dépression. En France, leur prise en charge est assurée par la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

Ces éléments caractéristiques de la santé sont indissociables. « *Il serait réducteur de se limiter à la santé physique ou même d'opérer un découpage entre santé physique d'une part et santé mentale et sociale d'autre part, car ces composantes sont intimement liées dans l'existence de chacun* », soutenaient certains auteurs³⁴⁴. L'OMS fait donc usage de ces termes pour mettre à la charge de l'Etat l'obligation de garantir la santé de ses protégés, mais l'incite de même à lui apporter un minimum de confort dans tous les aspects de la vie auxquels ce droit se trouve lié. Cette responsabilisation étatique doit cohabiter avec celle de l'individu, qui consiste à l'inciter sinon l'obliger à s'investir pour sa santé. CARNILLOT en donne une illustration explicitant des possibilités psychologiques et physiologiques permettant à un individu de dissiper toute attitude environnementale, sociale et culturelle, préjudiciable à la santé. L'auteur fait allusion à la gestion du stress que peuvent générer des événements. C'est en quelque sorte du développement

³⁴⁴ WOLFF L., VOLKOFF S., GOLLAC, « travail et santé » *Les conditions de travail*, 2014 p. 19.

personnel³⁴⁵. Il est donc possible, eu égard à ces suggestions, d'énoncer des théories similaires afin d'inciter l'individu à investir pour sa propre santé et attendre moins de l'Etat. Il s'agit de mettre en rapport la santé et l'environnement, ce que nous expliciterons dans la consécration indirecte de la santé à travers le droit à un environnement sain.

B- Consécration du droit à la protection de la santé par ricochet

A côté des mentions « droit à la santé », « égal accès à la santé » ou de la notion du « bien-être » précédemment amendée, ces différentes Constitutions, soit d'une façon convergente consacrent par ricochet le droit à la protection de la santé, c'est le cas « *du droit à un environnement sain et son devoir de préservation* » contre « *l'importation, la manipulation, le dépôt des déchets toxiques* » ; soit en considération des réalités sanitaires propres, le font d'une autre façon très particulière. C'est le cas de la Constitution guinéenne qui consacre la « *lutte contre les épidémies* » susceptibles d'affecter la santé.

La première formule constitutionnelle met en lien la santé et l'environnement « ensemble des éléments naturels et artificiels ainsi que des facteurs économiques, sociaux et culturels qui favorisent l'existence, la transformation et le développement du milieu, des organismes vivants et des activités humaines »³⁴⁶. Elle exige que l'Etat à travers ses services s'emploie à le protéger, le maintenir sain, ce qui concorde avec sa mission de police administrative restreinte à la salubrité, l'un des éléments de la trilogie qui la définit³⁴⁷. Il s'agit aussi d'un devoir juridique de protection de l'environnement contre toute pollution préjudiciable à la santé individuelle. C'est

³⁴⁵ CARNILLOT P., « Problématisation de la santé », *Revue française de psychosomatique*, 2009, n°36. p. 108

³⁴⁶ Article 2 du code de la protection et de mise en œuvre de l'environnement.

³⁴⁷ Précisant par l'enlèvement des déchets, l'assainissement, la santé publique, en plus des autres éléments, ils constituent tous des éléments constitutifs de la police administrative qui a pour objet de maintenir l'ordre public. En constituent les fondements juridiques les articles L2122-24 et 22212-1 et suivant du code des collectivités territoriales. L'Etat guinéen dans sa politique de salubrité n'a pas hésité d'instituer des contraventions de deuxième classe pour toute conduite malsaine vis-à-vis de l'environnement. Ainsi le code pénal aux termes de l'article 969 dispose : « Article 969 : Hors le cas prévu par l'article 981, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2ème classe le fait de déposer, d'abandonner, de jeter ou de déverser, en un lieu public ou privé, à l'exception des emplacements désignés à cet effet par l'autorité administrative compétente, des ordures, déchets, déjections, matériaux, liquides insalubres ou tout autre objet de quelque nature qu'il soit, y compris en urinant sur la voie publique, si ces faits ne sont pas accomplis par la personne ayant la jouissance du lieu ou avec son autorisation. Est puni de la même peine le fait de déposer ou d'abandonner sur la voie publique des ordures, déchets, matériaux ou tout autre objet de quelque nature qu'il soit, en vue de leur enlèvement par le service de collecte, sans respecter les conditions fixées par l'autorité administrative compétente, notamment en matière de jours et d'horaires de collecte ou de tri des ordures. » Voir à propos DE FORGES J., « L'ordre public sanitaire », *le droit de la santé, presse universitaire de France*, 2012, pages 79-80.

du moins ce qui est déductible de l'analyse de la définition de la pollution qui est « *toute contamination ou modification directe ou indirecte de l'environnement provoquée par tout acte et susceptible de provoquer ou de risquer de provoquer une situation préjudiciable pour la santé, la sécurité, le bien-être de l'homme, de la flore et de la faune, ou les biens collectifs et individuels* »³⁴⁸. C'est-à-dire que la pollution est un acte susceptible de porter atteinte à la santé de l'individu et l'Etat se doit de l'éradiquer pour restaurer l'environnement pouvant être utilisé par celui-ci sans risque. En revanche, l'existence d'un Etat s'acquittant de ses obligations dites sanitaires, ne doit pas réduire l'individu à l'inertie vis-à-vis de la protection de ses propres droits. C'est ce qu'alimente l'expression « *devoir de défense ou de protection de l'environnement* » et celle-ci peut être interprétée en des cas de figure : en considération de la définition de l'environnement, on peut en assimiler le logement comme un élément artificiel, par opposition à ceux qui sont naturels. Le maintenir sain, doit être un devoir autant pour l'Etat que pour l'individu. Il s'agit là d'une individualisation de la question sanitaire, opposée à la théorie objective qui met à la charge de l'Etat, ses collectivités le respect de ce droit³⁴⁹. Pour être plus précis nous en instituons deux théories nouvelles. « *L'antériorité* » dans la préservation sanitaire d'un logement (logement considéré comme un environnement) et « *la continuité* » dans cette préservation. D'antériorité, il ne s'agit pas de celle liée à la réparation des dommages et fondée sur le Code de construction de l'urbanisme³⁵⁰, mais plutôt de la responsabilité exclusive qui doit incomber à l'Etat de maintenir un logement, son entourage, dans un état favorable à la santé individuelle antérieurement à son occupation. Ce doit être pour lui une obligation positive qui devra de même être imposée à des particuliers propriétaires d'ouvrages, c'est-à-dire qu'ils soient soumis aux mêmes obligations que l'Etat. Cette initiative sanitaire doit par contre être perpétuée par des individus, locataires. C'est-à-dire acquérant par un contrat de bail le logement, ils devront tout mettre en œuvre pour le maintenir sain afin de préserver leur propre santé et celle de leur entourage. C'est une obligation morale non assortie de sanction. Elle atténue les risques et

³⁴⁸ Article 3 du code de la protection et de mise en œuvre de l'environnement.

³⁴⁹ L'Etat et ses collectivités, constituant les actants, de l'individu s'acquittent, comme l'indique l'organisation mondiale de la santé, d'une obligation qui consiste à protéger, au prorata des ressources financières, la santé. *Ibid.*

³⁵⁰ L'article L 112-16 : « Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elle se seront poursuivies dans les mêmes conditions ».

est réductrice des dépenses annuelles destinées à la sécurité sociale, parce qu'elle prévient l'altération de la santé et préserve l'ordre public sanitaire. Il s'agit là de la « continuité » par opposition à « l'antériorité ». Elle vise essentiellement un individu de bonne foi qui se substitue à l'Etat pour assurer la pérennité de ses initiatives sanitaires. Ces deux concepts peuvent être sous-tendus par les décisions du Conseil constitutionnel³⁵¹ qui indiquent que les droits et devoirs énoncés dans l'article 1 et 2 de la Charte de l'environnement s'imposent non seulement aux pouvoirs publics et autorités administratives dans leur domaine de compétence respective mais également à l'ensemble des personnes. De part et d'autre, nous donnons ici plus d'effet à l'exigence d'un « logement décent », c'est-à-dire un logement qui présente aucun danger pour la sécurité physique, la santé et pourvu d'équipements favorisant une vie confortable pour les locataires³⁵². Rappelons que le Conseil constitutionnel dans sa décision 1995, se fondant sur la dignité humaine, l'a consacré comme un objectif de valeur constitutionnel³⁵³. Nous remarquons qu'il aurait pu adjoindre, la protection sanitaire se référant à la Charte de l'environnement³⁵⁴ élément constitutif du préambule de la Constitution de 1946.

Par ailleurs, nous pouvons constater que c'est dans le cadre cette protection environnementale, notamment la prévention de sa pollution préjudiciable à la santé humaine, qu'est prévue dans ces différentes Constitutions, l'interdiction de l'importation et le déversement des déchets toxiques. Il s'agit des substances qui « *désignent habituellement les produits chimiques industriels et commerciaux, les métaux lourds, les sous-produits des industries manufacturières et les pesticides qui, lorsque rejetés dans l'environnement, peuvent nuire à la santé humaine ou à la qualité de l'environnement* »³⁵⁵. Deux conventions auxquelles la Guinée est partie, celle de Bale

³⁵¹ Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011 « considérant en deuxième lieu que les articles 1^{er} et 2 de la charte de l'environnement disposent : *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. Que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'imposent non seulement aux pouvoirs public et autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif, mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourrait résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénature la portée. » Voir pour plus de détails, la décision n°2008-564 DC du 19 juin 2008.*

³⁵² La notion est sous-tendue par l'article 6 de la n°89-462 du 6 juillet 1989 modifiée par l'article 187 de la loi solidarité et renouvellement urbains du 13 décembre 2000 et le décret d'application n°2002-120 du 30 janvier 2002.

³⁵³ Décision n°94-359 DC du 19 janvier 1995.

³⁵⁴ Nous faisons allusion à l'article premier de la Charte de l'environnement qui dispose que « *chacun a le droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé* ».

³⁵⁵Rapport canadien de la commissaire à l'environnement et au développement durable, octobre 2002.

et Bamako après avoir défini l'expression « substances toxiques », en précisent les éléments constitutifs³⁵⁶. Leur objectif est de protéger la santé des populations et l'environnement contre les effets pernicioeux des déchets dangereux. L'Union européenne qui n'ignore pas les conséquences sanitaires du déversement de ces substances toxiques, a tenu à adopter un règlement³⁵⁷ relatif à la surveillance et au contrôle de leur transfert à l'intérieur, à l'entrée et la sortie de la communauté. Il a pour but renforcer, simplifier et préciser les procédures actuelles de contrôle des transferts des déchets. L'objectif étant de réduire les risques de transferts de déchets non contrôlés. Il vise également à intégrer dans la législation communautaire les modifications des listes des déchets annexées à la Convention de Bâle ainsi que la révision adoptée par l'OCDE en 2001. Bien qu'étant limité à l'espace européen, un tribunal des Pays-Bas en tenait compte pour juger responsable une entreprise de gestion d'un navire (PROBO KOALA) qui a provoqué le décès de 17 personnes et l'intoxication des milliers, en déchargeant au port d'Abidjan 581 tonnes de déchets³⁵⁸. L'OMS en fait aussi une préoccupation instituant un programme international sur la sécurité des substances chimiques. Il consiste à assurer la protection de la santé humaine et de l'environnement dans le cadre de toutes les activités impliquant l'utilisation des substances chimiques.

Enfin, sur la consécration singulière de la Guinée, il est important d'indiquer que le constituant manquait de prendre en compte certaines réalités sanitaires en ne consacrant que la lutte contre les épidémies alors qu'existent présentement des endémies comme Ébola et le choléra³⁵⁹ et des pandémies comme le VIH et la COVID. Cette omission constitue formellement un manquement à une obligation de protection de la santé³⁶⁰ ou traduit une faible volonté de s'en acquitter. L'une

³⁵⁶Les articles 2 des deux conventions.

³⁵⁷ Le règlement (CE) du parlement européen et du Conseil du 4 juin 2006 concernant les transferts des déchets, a remplacé le règlement (CEE) n°259/93 du Conseil, du 1 er février 1993, concernant la surveillance et le contrôle des transferts des déchets à l'intérieur à l'entrée et la sortie de la communauté.

³⁵⁸ L'affaire du « PROBO KOALA » ou la catastrophe du déversement des déchets toxique en côte d'ivoire.

³⁵⁹« La maladie virus Ébola ou fièvre hémorragique à virus Ébola est une maladie infectieuse d'origine virale hautement contagieuse et souvent mortelle chez les hommes. Il existe cinq souches différentes du virus Ébola : Bundibugyo, Zaïre, Soudan, Forêt de Taï, Reston. Elles prennent leur nom de leur lieu d'origine. Le virus responsable de l'épidémie qui frappe l'Afrique de l'Ouest depuis 2014 appartient à la souche Zaïre ». « Le choléra est une infection intestinale aiguë très contagieuse, transmise par l'ingestion d'eau contaminée par le bacille du choléra. La contamination est orale, d'origine fécale, et peut se faire par l'ingestion d'eau ou d'aliments souillés ». Site officiel de médecins sans frontières, FOIRE AUX QUESTIONS SUR LE VIRUS EBOLA ET LE CHOLERA.

³⁶⁰Il s'agit, après ratification, l'engagement, selon les articles 2 et 3, de respecter et faire respecter les droits prévus par les instruments internationaux, le pacte des droits sociaux économiques et culturels en l'occurrence. Ici, il est question de l'observation formelle (consécration) de l'article 12-2 qui dispose que les Etats doivent prendre des mesures en vue d'assurer le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres...

des preuves perceptibles de l'observation de cette obligation résultant de la ratification du pacte international relatif aux droits sociaux économiques et culturels, étant sa constitutionnalisation. Ceci, au-delà d'une question de garantie effective du droit à la protection de la santé, a pour conséquence, l'unification du droit public, affirmait Laurence Burgogue-larsen, reprenant les termes de Boris Mirkinr-guetzevitch³⁶¹.

Quand bien même ces différentes consécutions sont révélatrices d'une garantie du droit à la santé, elles n'en restent pas moins dénonciatrices d'un déficit de particularités de sa jouissance que nous pouvons relever en se référant au modèle français.

Paragraphe II - Des particularités de consécution de la protection de la santé à transposer

Tout comme celles des Etats d'Afrique qui l'imitent, la norme Constitutionnelle française prévoit indirectement, mais de façon singulière et appréciable, le droit à la protection de la santé. Nous l'explicitons par la consécution du droit au repos prévu à l'alinéa 11. Ce dernier qui constitue une obligation de sécurité et de résultat, est une exigence faite à l'employeur au profit de ses employés ou des travailleurs qu'il recrute, avec pour finalité la sauvegarde de la santé physique et mentale (A). A cette particularité s'ajoutent la distinction de jouissance de ce droit entre les personnes vulnérables, que sont les femmes et les enfants et les autres individus. Elle se trouve fondée sur la vulnérabilité perçue comme un critère signifiant que la santé des individus qui en font l'objet est plus exposée à différences violences et mérite plus l'attention de l'Etat et des pouvoirs publics qui le constituent (B).

A- La protection de la santé résultant du droit au repos

L'aménagement de l'exercice de certains droits est indirectement promoteur de la jouissance du droit à la protection de la santé. C'est l'exemple du droit au travail dont la réglementation exige impérativement un temps de repos, temps pendant lequel l'employé ne doit pas être sur son lieu de travail et ne doit par conséquent être soumis aux instructions de son employeur. Il vaque à ses occupations personnelles et familiales. La Constitution française le consacre à l'alinéa 11 du

³⁶¹https://cdn.accf-francophonie.org/2019/03/Congres_ACCPUF_7_Lausanne_Partie1_Andorre-Burgogue-Larsen.pdf, 2020 pages 41-47.

préambule qui dispose « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs...* ». Il s'agit donc d'un important droit lié au travail autant qu'à la protection de la santé que doit reconnaître les normes, les Constitutions notamment.

D'origine constitutionnelle, le droit au repos est l'une des obligations de sécurité et de résultat que doit observer l'employeur pour prévenir la dégradation de la santé. Cette dernière exigence consacrée par le Code du travail³⁶², est pour la première fois éclairée par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui indiquait que les employeurs doivent prendre des mesures nécessaires ayant pour visée la protection de la santé physique et mentale des travailleurs³⁶³. Au départ, elle ne s'appliquait que dans le cadre particulier de la prévention et la réparation des risques, mais elle s'étendra au fil du temps avec l'évolution de la jurisprudence sur tous les aspects du travail. Sous l'influence des directives européennes³⁶⁴ elle donnera naissance au principe de prévention dont le respect incombait de nouveau aux employeurs. La Cour de cassation en précisait que l'employeur dans l'exécution de son pouvoir de direction doit s'abstenir de prendre des mesures attentatoires à la santé et la sécurité des salariés³⁶⁵. Ainsi, l'employeur a une obligation de respecter le temps de repos du salarié afin de prévenir la détérioration de la santé, pour la même raison, il doit se garder de le soumettre à des mesures en dehors du temps de travail. La même juridiction a, pour conforter cette décision, indiqué qu'un salarié ne pouvait pas être licencié pour faute grave s'il ne répond, en dehors des heures de travail, à des sollicitations professionnelles³⁶⁶.

Toute cette série de jurisprudence éclaire le socle de l'obligation textuelle posée par le législateur d'accorder au salarié un repos quotidien minimal de 11 heures entre deux journées de travail³⁶⁷. En revanche, une dérogation peut être permise à certaines entreprises dont les activités sont caractérisées par l'éloignement entre le domicile et le lieu de travail (de garde et de surveillance et permanence), par la protection des biens et des personnes et s'exerçant par périodes de travail

Article 4121-1³⁶² « *L'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : des actions de prévention des risques professionnels, y compris ceux mentionnés à l'article L.4161-1 ; des actions d'information et de formation ; la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes* ».

³⁶³ Cour de cassation, chambre sociale, du 28 février 2002, 00-11.793.

³⁶⁴ Article 4121-1 du code du travail, fortement inspiré de la directive européenne du 12 juin 1989 sur l'« amélioration de la sécurité, et de la santé des travailleurs au travail.

³⁶⁵ Cour cassation, civile, Chambre sociale, 5 mars 2008, 06-45.888.

³⁶⁶ Cassation soc. 17 février 2004, n° 01-45.889.

³⁶⁷ Article L. 3131-1 du code de travail (modifié par la loi n°2016 du 8 août 2016).

fractionnées dans la journée. La durée minimale de leurs temps de repos est fixée par une convention ou un accord de l'entreprise³⁶⁸ mais il ne peut être inférieur à 9 heures. Enfin lorsqu'il y a surcroît d'activité les entreprises par accord ou convention collective peuvent réduire la durée du repos quotidien qui ne doit pas être inférieure à 9 heures³⁶⁹. Ajoutons, pour compléter ces temps repos, celui du dimanche qui, selon Robert Beck³⁷⁰ est fondée sur une valeur qui est « le repos et la famille ». Il constitue une restriction du principe de liberté de commerce et l'industrie, au profit de la santé et du bien-être publics, selon le juge constitutionnel français³⁷¹. Il connaît aussi des dérogations qui, en fonction des cas, sont soit permanentes ou temporaires, soumises ou non une autorisation, applicables l'ensemble du territoire ou qu'à des zones délimitées.

Ce droit au repos susceptible de plus de détails, fait l'objet de plusieurs consécutions dans des Codes du travail des Etats d'Afrique³⁷² sujets d'analyse, mais elles ne s'enracinent pas dans les textes constitutionnels respectifs. On pourrait tenter de le déduire de l'examen de quelques-unes de leurs dispositions imprécises. Ainsi, si le constituant sénégalais s'est limité à la simple formule « droit au travail » sans en définir les conditions, la Guinée et le Benin adoptent une formule plus ou moins compréhensible : « *Le droit au travail est reconnu à tous, l'Etat crée les conditions nécessaires à l'exercice de ce droit* »³⁷³ ; « *l'Etat reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et s'efforce de créer les conditions qui rendent la jouissance de ce droit effectif et garantissent au travailleur la juste rétribution de ses services ou de sa production* »³⁷⁴.

Dans ces consécutions, l'expression « *assurer les conditions d'exercice nécessaire* » reflète la bonne foi de l'Etat et peut être confondue à plusieurs contraintes rattachées au respect des droits au niveau international. Autrement dit, ces termes ou expressions indiquent l'une des exigences des textes internationaux comme de l'absence de discrimination liée au sexe, à la religion³⁷⁵ ainsi

³⁶⁸ Article D.3131-1.

³⁶⁹ Article D 3131-6.

³⁷⁰ BECK R., *Histoire du dimanche, de 1700 jusqu'à nos jours*, Paris, les éditions de l'atelier, 1997, p.

³⁷¹ Décision n°2009-588 DC du 6 août 2009, loi réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

³⁷² Article 222.8- Article 227. 17 du code de travail (congé annuel) de Guinée. Article L. 147-155 du code de travail (congé annuel) du Sénégal.

³⁷³ Article 30 de la constitution béninoise.

³⁷⁴ Article 20 de la constitution guinéenne.

³⁷⁵ Article 2 alinéa 2 du pacte international relatif aux droits sociaux économiques de 1966.

qu'à la sécurité des employés sur les lieux du travail³⁷⁶. Elles peuvent enfin être confondues avec la consécration implicite du droit au repos, mais elles resteraient inaccessibles. Une interprétation sera toujours nécessaire pour l'appréhender. Or, si nous nous permettons une rétrospective, dans l'analyse du constitutionnalisme guinéen, nous pouvons constater que le constituant avait su mieux faire, en consacrant sans équivoque ce droit dans le passé. Ainsi, la Constitution guinéenne de 1982 disposait que « *tous les citoyens de la république populaire et révolutionnaire de Guinée ont le même droit au travail, au repos, à l'assistance sociale, à l'instruction et à l'éducation* »³⁷⁷. Cette formule modifiée et intégrée, aurait pu être convenable. En en tenant compte nous pouvons proposer pour la Constitution en vigueur la formule suivante : « *Tout individu a droit au travail, au repos, à la santé et à l'assistance sociale* ».

En plus de ces remarques qui leur sont profitables, nous pouvons constater des particularités dans la consécration française qui sont très utiles en terme promotion des droits sanitaires.

B- La distinction de jouissance de la santé par des êtres vulnérables

La Constitution française renferme plusieurs spécificités que les Etats d'Afrique francophones doivent nécessairement considérer. Il s'agit cette fois de la protection distincte du droit à la santé accordée aux femmes et aux enfants, déterminée par le terme « notamment » dans le préambule de la Constitution de 1946³⁷⁸. Le constituant français fit cette différenciation en se fondant sur la notion de vulnérabilité. En d'autres termes, il estima que tous les individus doivent bien jouir de ce droit, mais ces deux catégories, doivent être privilégiées par les pouvoirs publics, du fait que leur santé soit plus exposée. Le rapport entre la vulnérabilité et la santé que nous déduirons d'une analyse sémantique, l'établit.

La vulnérabilité vient du latin « vulnerabilis » qui signifie d'une part, « ce qui peut être blessé » et figurément ce « qui peut être attaqué, qui offre prise »³⁷⁹ et d'autre part, ce qui blesse³⁸⁰. Dans

³⁷⁶Nous pouvons en illustrer par le contenu de la directive de l'Union européenne en faisant référence au terme environnement du travail adopté en accord avec la convention n°155 de l'organisation internationale du travail (OIT), qui définit une approche moderne prenant en compte la sécurité technique ainsi la prévention générale des maladies.

³⁷⁷ Article 11 de la constitution de 1982.

³⁷⁸ Alinéa 11 de du préambule de la Constitution de 1946, élément constitutif du bloc de constitutionnalité : « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère...* »

³⁷⁹ « Vulnérabilité », in Dictionnaire de l'Académie française, 8^{ème} édition, [En ligne], site de l'Académie française, française, <http://www.academie-francaise.fr>, (consultée le 19 mars 2013).

le contexte humain, elle est perçue comme « *l'exposition du corps, sa perpétuation ou son intégrité à une menace exogène et humaine, à l'exclusion de la maladie, de l'accident et de l'ensemble des processus inhérents à la maturation ou à la dégénérescence des structures organiques* »³⁸¹. Dans le cadre juridique, cette notion n'a pas de définition spécifique mais nous pouvons quand même en tirer d'une théorie pénale. Ainsi, « *la victime en droit pénal est considérée comme vulnérable en fonction d'une qualité ou d'un caractère propre plus particulier* »³⁸². En considérant cumulativement ces critères et éléments de définitions nous estimons que les femmes distinctes par le sexe et les enfants par l'âge ainsi que la dépendance relative à la l'absence de lucidité sont sans doute des catégories d'êtres vulnérables. Les deux sont aussi exposés à des types de violence qui peuvent les blesser. En illustrent les mutilations génitales féminines qui sont des violences physiques ou des coups et blessures³⁸³ infligées à des enfants, individus en manque de discernement³⁸⁴. Les textes juridiques nationaux de certains Etats, les sanctionnent. A titre d'exemple nous avons le Code pénal Guinéen qui dispose que « *quiconque par des méthodes traditionnelles ou modernes saura pratiquer ou favoriser les mutilations génitales féminines ou y aura participé, se rend coupable de violence volontaire sur la personne de l'excisée* »³⁸⁵. Aussi, le Code pénal français qui punit à 10 ans d'emprisonnement et 150.000 euros d'amende ces mutilations qu'il qualifie de violences³⁸⁶. Il prévoit l'aggravation de cette peine à 15 ans de réclusion criminelle si la mutilation est commise sur un mineur de moins de 15 ans³⁸⁷. Cette dernière sanction est en quelque sorte confortée par la loi dite

³⁸⁰ « Vulnérable », in Alain R., *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, le Robert, 1922, p. 2291.

³⁸¹FERRARES E., BOEHRINGER S., « Féminisme et vulnérabilité », *Harmattan, cahier du genre*, n°58, 2015, pages 5-6.

³⁸²BARBARA F., « La vulnérabilité de la victime : de la fragilité physique ou psychique à la dépendance économique », *Revue justice Actualité*, n°7, 2013, pp. 194.

³⁸³ Les coups et blessures s'avèrent définis comme l'infraction d'atteinte volontaires à l'intégrité physique de la personne ou encore de violence physique et trouve leur fondement dans les articles 222-7 et suivant du Code pénal.

³⁸⁴Nous faisons allusion à des dispositions de l'union européennes liées à l'atteinte portée aux suspects ou aux personnes poursuivies qui ne peuvent pas comprendre le contenu ou le sens de la procédure pénale en raison de leur âge ou de leur état mental ou physique. Voir UE, DIRECTIVE 2012/13/UE du parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, J.O.U.E. n° L142 1^{er} juin 2012, p. 5(considérant n°11 et article 3§ 2) ; UE Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, J.O.U.E n° C 295, 4 décembre 2009, p. 3(mesure E).

³⁸⁵Article 258 du code pénal guinéen.

³⁸⁶ Article 222-9 du Code pénal français.

³⁸⁷ Article 222-10 du Code pénal français.

« Schippa » sur la lutte contre toutes les violences sexuelles et sexistes ayant pour visée mieux les prévenir et mieux entretenir les victimes (mineures) et mieux sanctionner les agresseurs³⁸⁸.

Y sont aussi assimilables, les violences conjugales prohibées par plusieurs textes internationaux. Réalisées entre concubins ou conjoints, entre couples mariés, liés par un PACS ou séparés³⁸⁹, ces violences conjugales parmi lesquelles figurent les coups et blessures³⁹⁰ sont, selon l'organisation mondiale de la santé, « *tout acte au sein d'une relation intime qui cause un préjudice ou des souffrances physiques, psychologiques ou sexuelles aux personnes qui en font partie* ». Convaincues que les femmes en font plus l'objet, les Nations unies y ont consacré une Déclaration qui définit ses termes : la violence à l'égard des femmes désigne « *tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques sexuelles ou psychologiques y compris la menace de tels actes, la contrainte ou privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée* »³⁹¹. En France, dès le début du XIX^{ème} siècle les violences conjugales ont été déclarées condamnables sur le fondement des articles 309 et 311 du Code pénal ancien incriminant alors les Coups et blessures³⁹². Un arrêt précisait d'ailleurs que « *cette règle vaut quelles qu'aient été leurs conséquences sur la situation matrimoniale des époux* »³⁹³. Au début des années 2000, le législateur prendra plusieurs mesures concrètes y afférentes : la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ; la loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce pour faute ayant pour objet maintenir en droit civil une sanction spécifique aux violences conjugales ; la loi du 12 décembre 2005 sur la prévention de la récidive qui avait consacré l'éloignement du conjoint violent du domicile conjugal³⁹⁴ ; enfin la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et

³⁸⁸Loi n°2018-703 du 3 août renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

³⁸⁹Définition donnée par le ministère français de la justice. http://www.justice.gouv.fr/publication/fp_violences_conjugales.pdf

³⁹⁰Il peut s'agir de la violence psychologique (mots blessant, insultes, menace, cris) physique (coups, blessures) ou sexuelles (agression sexuelle, viol). La Violence peut également être économique (le conjoint vérifie les comptes, refuse de donner de l'argent ou d'accorder à sa compagne une autonomie financière en la privant de moyens ou de biens essentiels, même si la conjointe a une activité rémunérée).

³⁹¹ Voir à propos la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toute forme de violence à l'égard des femmes. Voir aussi l'article 3 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques

³⁹² Voir à propos Cour de cassation, Chambre criminelle 28 Ventôse A.U.X.

³⁹³ Cour de cassation, Chambre criminelle 9 avril 1825.

³⁹⁴ L'éviction s'effectue à tous les stades de la procédure pénale avec les possibilités de prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique.

aux incidences de ces dernières sur les enfants. Pour sa part, le juge constitutionnel approuvera son interdiction en reconnaissant la délivrance des titres de séjour qui y est subordonnée³⁹⁵. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée dans une affaire concernant la Russie en concluant que le manque de législation pour lutter contre les violences, ainsi que le déficit d'ordonnances de protection³⁹⁶, se présentent comme une inaptitude à solutionner ce grave problème. Les autorités russes « *rechignaient à reconnaître la gravité du problème des violences conjugales et ses effets discriminatoires à l'égard des femmes* », déclarait-elle³⁹⁷. Elle évoque une insuffisance de protection qu'assurent les normes législatives. L'Etat n'est pas responsable des actes de ces individus (responsables de ces violences) mais l'omission de légiférer est donc un manquement à son obligation de « due diligence ». Autrement dit ce n'est pas le comportement de cette personne qui lui est reproché, mais l'abstention de ses organes³⁹⁸.

Ces consécutions textuelles et jurisprudentielles établissent que les violences notamment les « coups et blessures » auxquels sont exposés les femmes et les enfants, constituent l'une des principales caractéristiques de la vulnérabilité. Elles ont cependant pour conséquence l'altération de la santé et peuvent quelquefois être mortelles, selon l'organisation mondiale et l'organisation panaméricaine de la santé³⁹⁹. Ces organisations précisent que les femmes sujettes à ces violences

³⁹⁵ Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article L.313-12 du code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile : « Le renouvellement de la carte de séjour délivré au titre du 4° de l'article 313-11 est subordonnée au fait que la communauté de vie n'ait pas cessé, sauf si elle résulte du décès du conjoint français. Toutefois, lorsque la communauté de vie a été rompue en raison de violence commise après l'arrivée en France du conjoint étrangers mais avant la première délivrance de la carte de séjour temporaire, le conjoint étranger se voit délivrer, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, une carte de séjour temporaire portant mention vie privée et familiale ». Décision n°2013-358 QPC du 29 novembre 2013 ; condition de renouvellement d'une carte de séjour mention « vie privée et familiale » au conjoint étrangers d'un ressortissant français.

³⁹⁶ Précisons qu'en février 2017, le parlement russe a décriminalisé les violences domestiques ou conjugales infligées au sein des d'une famille, lorsqu'il s'agit d'un premier incident. Cette mesure a été vivement critiqué par human Rights Watch et de nombreuse organisation de défense des droits des femmes.

³⁹⁷ Arrêt Volodina c. Russie (requête n°41261/17).

³⁹⁸ Dans une affaire similaire la Cour européenne des droits de l'homme, consacrant l'applicabilité e la CESDH aux relations interindividuelles, condamnait la Grande-Bretagne pour l'insuffisance de protection qu'accordaient les législations aux enfants maltraités, alors que la Convention en combinaison avec l'article 1 exige des Etats de prendre des mesures propres pour empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou a des peines ou traitements inhumains ou dégradants même administrés par des particuliers (para 2). Arrêt A. contre Royaume-Uni du 23 septembre 1998.

³⁹⁹ Voir à propos, Heise L, Garcia Moreno C. La violence exercée par des partenaires intimes. Dans: Krug EG, Dahlberg L, Mercy J, Zwi A, Lozano R, eds. Rapport mondial sur la violence et la santé. Genève, Organisation mondiale de la Santé, 2002, 87–121. Voir aussi Plichta SB. Intimatepartner violence and physicalhealth conséquences: Policy and practice implications. Journal of Interpersonal Violence, 2004, November, 19(11):1296–1323. Krug EG, Dahlberg L, Mercy J, Zwi A, Lozano R, eds. Rapport mondial sur la violence et la santé. Genève, Organisation mondiale de la Santé, 2002. Mulugeta E, Kassaye M, Berhane Y. Prévalence and outcomes of sexual violence among high school students. Ethiopian Médical Journal, 1998, July ;36(3) :167–74.

subissent plus d'interventions chirurgicales, de consultations médicales et passent plus de temps à l'hôpital que celles qui n'en ont jamais fait l'objet (1,10%) et les répercussions sanitaires perdurent. Notons pour plus préciser, qu'en sus de cette vulnérabilité féminine dite « pénaliste », existe une autre dite « maternelle » qui concerne les femmes enceintes et en allaitement. C'est ce que consacrent des textes législatifs africains d'expression française tel que le Code de santé publique de Guinée⁴⁰⁰.

L'exposé de ces deux catégories de vulnérabilité fondant une protection particulière de la santé est une adresse aux Etats notamment ceux de l'Afrique francophone qui imitent la France. C'est une valorisation constitutionnelle, qui doit de toute évidence apparaître dans les textes législatifs, et traduire la nécessité de convergence que nous aborderons dans les lignes qui suivent à travers la consécration législative de tant d'autres pratiques comme l'interruption de la grossesse.

Section II - Les déclinaisons législatives des consécutions constitutionnelles

Les législations sont le reflet des Constitutions et y apportent plus consistance. Deux théories constitutionnelles précisent cette conception : celle qui interdit au législateur d'adopter des lois qui apporteraient une restriction à l'exercice d'une catégorie de liberté⁴⁰¹ et celle qui lui permet d'abroger des lois, d'en adopter sans priver les garanties légales d'exigence constitutionnelle⁴⁰². Nous pouvons constater en abordant l'interruption volontaire (ou non) de grossesse que cette concordance n'est pas observée parce que le droit à la protection de la santé consacré dans les différentes Constitutions n'est pas évoqué comme étant la principale raison de l'interdiction de cette pratique dans les normes à valeur législative (Paragraphe I). De plus, la jouissance de ce droit imposée aux personnes démentes et sollicitée par d'autres, qui font l'objet d'une mesure privative de liberté, est dérisoire (Paragraphe II).

⁴⁰⁰ Aux termes de l'article 247 du code de santé publique « Les femmes enceintes ou allaitantes du fait de leurs états sont considérées comme faisant partie des personnes particulièrement vulnérables ».

⁴⁰¹ Nous faisons allusion à la protection d'une liberté baptisée effet cliquet : utilisée par le conseil constitutionnel pour apporter une protection particulière à certaines catégories de liberté telle liberté d'association, la liberté de presse, elle consiste à taxer d'inconstitutionnelles toute lois qui au lieu de rendre plus effective l'exercice de celles-ci, aurait pour objectif d'instituer un régime de restriction. Voir décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984 sur la liberté universitaire.

⁴⁰² MOLLION G., « Les garanties légales des exigences constitutionnelles » *Revue française de droit constitutionnel* n°62, 2005, pages 257-289.

Paragraphe I - L'accès à la santé, fondement de l'interdiction de l'interruption volontaire de grossesse

L'accessibilité de la santé est assurée de plusieurs manières : soit en amont à travers la prévention ou en aval par la restauration. S'abstenant dans le premier contexte de procéder à l'interruption de grossesse, des médecins béninois, sénégalais et guinéens se fondent sur le droit à la protection de la santé, un fondement juridique non évoqué autant dans les textes de valeur législative que dans la jurisprudence. En référence aux précisions du juge constitutionnel français relatives à cette pratique, nous comblerons ce vide juridique (A) tout en abordant après la problématique de la qualification juridique de l'embryon qui en résulte : si cette dernière est précisément méconnue par la jurisprudence notamment constitutionnelle en France, en Afrique notamment francophone, les textes affichent une position nuancée (B).

A- Imprécision du fondement sanitaire de l'interdiction législative de l'avortement et du silence de la jurisprudence

Discuter d'interruption volontaire de grossesse c'est examiner deux sujets distincts : la situation sanitaire du sujet de droit en cause et la qualification juridique de l'embryon qu'il porte. Par rapport à ce débat occidental, l'Afrique, notamment francophone, doit déterminer sa position en fonction de ses propres réalités, de ses valeurs sociétales converties en droit. Dans les trois Etats étudiés dans cette thèse, force est de constater que les textes législatifs notamment le Code pénal et d'éthique médicale, interdisent l'interruption volontaire de grossesse sans motif apparent, c'est-à-dire sans préciser exactement le fondement juridique qui n'est autre que la protection de la santé que consacrent différemment leurs Constitutions. Aucune jurisprudence ne l'indique non plus, comme en France⁴⁰³, ce qui est pourtant indispensable.

En effet dans ces Etats, la pénalisation de l'interruption volontaire de grossesse est consacrée de telle sorte qu'elle implique, soit deux personnes, l'une qui la sollicite et l'autre qui y contribue ou une seule personne, celle qui en émet l'intention. De l'ordre de la première catégorie les trois législations disposent : « *quiconque, par aliments, breuvage, médicaments, manœuvres, violence, ou par tout autre moyens, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte,*

⁴⁰³ Nous déduisons cette raison sanitaire de la Décision du 15 janvier 1975 n°74-54DC et Décision 27 janvier 2001 n°2001-446 DC considérant 7.

qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs »⁴⁰⁴ ; « quiconque, sans habilitation et sans qualification médicale procèdera à une interruption de grossesse est puni de la réclusion criminelle à temps de cinq ans à vingt ans et d'une amende de deux cent mille à cinq cent mille franc CFA, alors même que l'interruption soit librement et dûment sollicitée »⁴⁰⁵.

De l'ordre du second régime d'interdiction, le Code pénal sénégalais et guinéen disposent qu'elle « sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 20.000 à 100.000francs, la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés à cet effet »⁴⁰⁶.

En exception à ces régimes de pénalisation qui résultent d'une prohibition, des autorisations ont été faites. Soit l'avortement est autorisé aux médecins quand la vie de la mère est menacée, ce que prévoient unanimement les trois Etats⁴⁰⁷ ou qu'elle doit avoir pour but d'interrompre une grossesse précoce, une grossesse concevant un enfant avec une grave affection, résultant d'un viol, d'une relation incestueuse, ce que consacre la législation guinéenne⁴⁰⁸. En l'absence d'une interprétation nous ne relevons aucun fondement juridique lié à la santé. C'est-à-dire que les législateurs se sont limités à des pénalisations sans y indiquer expressément les raisons sanitaires. Mais sachant que la sauvegarde de la santé et de la vie, eu égard à laquelle l'une des dérogations est faite, sont deux droits intimement liées⁴⁰⁹, nous pouvons affirmer que ce fondement sanitaire est implicitement évoqué. De part et d'autre, nous serions dans le cadre d'un régime de

⁴⁰⁴ Article 305-1 du code pénal sénégalais, voir aussi article 263-1 du code pénal guinéen qui en correspond.

⁴⁰⁵ Article 519 du code pénal béninois.

⁴⁰⁶ Article 305-3 du code pénal sénégalais. Voir aussi l'article 263-3 du code pénal guinéen.

⁴⁰⁷ Le Bénin et le Sénégal, prévoient cette dérogation dans leur code de déontologie médicale respectivement dans les articles 36 et 35 « il ne peut être procédé à un avortement thérapeutique que si cette intervention est le seul moyen susceptible de sauver la vie de la mère. Lorsque la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée exige soit une interruption chirurgicale, soit l'emploi d'une thérapeutique susceptible d'entraîner l'interruption de la grossesse, le médecin traitant ou le chirurgien devront obligatoirement prendre l'avis de deux médecins consultants dont l'un pris dans la liste des experts près le tribunal civil qui, après examen et discussion, attesteront par écrit que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une telle intervention thérapeutique. » La Guinée quant à elle, le prévoit dans le même instrument, c'est-à-dire le code pénal à l'article 265, la même qui consacre l'autorisation de l'avortement pour d'autre motif. Voir ci-dessous.

⁴⁰⁸ Article 265 : « Il n'y a pas d'infraction lorsque l'interruption volontaire de la grossesse est nécessitée par la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée, ainsi que dans le cas de grossesse précoce, de viol, d'inceste et d'affection grave de l'enfant à naître ».

⁴⁰⁹ « Le respect du droit à la vie peut être considéré comme le stade ultime du droit à la santé ». Voir Bertrand M., op. Cite. p. 89.

protection contre soi-même et contre autrui que les juridictions ordinaires et constitutionnelles auraient pu préciser.

Nous nous aidons à préciser en nous référant au Conseil constitutionnel français qui considérait « *que l'interruption volontaire de grossesse constitue un acte médical plus délicat lorsqu'elle intervient entre la dixième et la douzième semaine, elle peut être pratiquée, en l'état actuel des connaissances et des techniques médicales, dans des conditions de sécurité telles que la santé de la femme ne se trouve pas menacée* »⁴¹⁰. Nous déduisons de l'analyse de ce considérant deux exigences de protection de la santé : la première, non évoquée par le juge constitutionnel, est la volonté de la femme qui se prête à l'interruption de grossesse. Elle réclame la restauration d'un état de bien-être par la sollicitation d'une intervention médicale. Il s'agit explicitement de la prévention d'un état d'inconfort ou plutôt d'une volonté d'empêcher des sensations indésirables, conséquences d'un remaniement corporel que dissimule l'intention superficielle de rejet de la parentalité ou de la conception. Nous évoquons une logique préventive selon laquelle, l'individu soit par expérience ou ayant été informé des effets négatifs de la grossesse, comme l'anxiété ou le stress, sollicite d'un corps médical une interruption volontaire. Ces allégations sont fondées parce qu'en maternité, il est constaté que des femmes enceintes par l'entremise des obstétriciens, se font régulièrement consulter par des psychologues. Elles réclament des examens d'écoute, de soutien, ce qui représentent constamment un défi thérapeutique tant pour le médecin généraliste que pour le psychologue⁴¹¹. Cette analyse s'inscrit dans une large perception et non réductrice de la santé, comme étant l'absence d'une maladie, mais les manifestations premières d'un remaniement corporel⁴¹². Elle constitue enfin une nouvelle constitutionnalisation de protection de la vie privée découlant du droit à la protection de la santé.

A cette conception s'oppose celle du Conseil constitutionnel français. Elle comporte une intention protectrice de la santé, doublée d'une exigence de respect du droit de la femme sur son corps : une interruption volontaire de grossesse effectuée au-delà de la douzième semaine de grossesse, risquerait de porter atteinte à la santé féminine. Par cette interdiction préventive,

⁴¹⁰ Décision du 15 janvier 1975 n°74-54DC et Décision 27 janvier 2001 n°2001-446 DC considérant 7.

⁴¹¹ REEVES N., PELLETIER V., & alii, « Anxiété mécanisme d'adaptation spécifiques à la grossesse, une étude longitudinale et qualitative » *médecine et hygiène*, n° 28, 2016, p. 44. Celle est complétée l'angoisse corporelle qui constitue une préoccupation. Voir à propos MISSIONNIER S., « Stress, grossesse et psychanalyse : Spinoza avait raison ! », *ERES, prévention maternité*, 2011, pages 115-132.

⁴¹² WOLFF L., VOLKOFF S., GOLLAC., « Travail et santé », *Les conditions de travail*, 2014 p. 19.

aménagée par la loi du 2 mars 2022⁴¹³ qui étend ce délai à 14 semaines, il indiquait par ricochet, qu'au-delà de cette période déterminée, quand bien même les techniques médicales ont avancé, une interruption volontaire de grossesse ne peut être effectuée sans risque d'atteinte à la santé de la femme qui s'y prête. Il s'agit comme l'affirme Stéphanie Hennette-Vauchez⁴¹⁴ d'une conciliation entre la raison ou l'intérêt d'Etat qui est la protection sanitaire de la femme et le droit de cette dernière sur son corps. C'est une restriction constitutionnelle à l'accès aux services publics médicaux⁴¹⁵ fondée sur la protection contre soi-même⁴¹⁶. Donc même si l'individu est consentant, si sa santé s'avère en jeu, l'interruption ne peut être réalisée. Dans le cadre juridique français Dorothée Bourgault-coudeville affirmait à juste titre qu'« *au-delà de sa portée hautement symbolique, le transfert de l'infraction c'est-à-dire l'interruption illégale de grossesse, dans le Code de santé publique français est révélateur de la logique sanitaire des dispositions pénales encore présentes. Leur finalité quasiexclusive est de protéger la santé des femmes à laquelle l'intervention pourrait porter atteinte si elle était pratiquée hors délai ou encore en dehors d'une structure médicale adéquate, par un non-médecin...* »⁴¹⁷

En définitive, nous suggérons la mention « protection de la santé », comme un fondement de l'interdiction de l'interruption de grossesse. Ainsi, dans le cadre sénégalais nous conseillons la formule suivante : « *pour protéger la santé et la vie en dernier ressort, interdiction est faite à tout individu, qui par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences, ou par tout autre moyens, procure ou tente de procurer l'avortement d'une femme enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sous peine d'être puni d'un emprisonnement d'un an cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs* ». Cette protection sanitaire vaut autant pour la femme que pour

⁴¹³ Loi n°2022-295 du mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.

⁴¹⁴ HENNETTE-VAUCHEZ S., *Droit de la bioéthique*, Paris, Edition La découverte, 2009, p.53.

⁴¹⁵ Il s'agit des services « publics » liés à l'interruption volontaire de grossesse qui constitue une obligation à laquelle le médecin ne peut se soustraire. Dorothée Bourgault-coudeville indiquait à ce propos que « la loi du 9 Août 2004 relative à la santé publique a inscrit l'IVG avec la contraception parmi les domaines de la santé pour lesquels sont fixés des objectifs quantifiés pour les cinq prochaines années. Ceux-ci font l'objet de l'objectif n°57, inscrit dans le rapport annexé à la loi, selon lequel « il faut assurer l'accès à une contraception adaptée, à une contraception d'urgence et à l'IVG dans de bonnes conditions pour toutes les femmes qui décident d'y avoir recours ». Voir BOURGAULT-COUDEVILLE D., « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexion sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales*, n°1,2011, p.32.

⁴¹⁶C'est l'expression constitutionnelle de la protection contre soi-même en matière administratif. Pour en savoir plus Voir FELDAM J-P., « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? la dignité humaine et la *personne* », *Droit*, n°48, Vol 2, 2008 pages 87-108.

⁴¹⁷Voir BOURGAULT-COUDEVILLE D., *op.cit* p.29.

l'embryon qui semble ne pas avoir fait l'objet d'études et nécessite plus de précisions. Nous nous y intéresserons en étudiant les textes législatifs qui s'y rapportent.

B- De la qualification juridique de l'embryon

La considération de l'embryon, organisme en développement, comme une personne juridique divise le monde scientifique notamment occidental. En France, les discussions qui s'y rapportent commencèrent depuis l'adoption de la loi qui approuvait l'interruption volontaire de la grossesse. Elles ont pris de l'ampleur avec l'avancée considérable des techniques d'assistance médicale à la procréation consistant la conception d'embryon in vitro et laissant paraître des opportunités prometteuses en matière de recherche sur l'embryon. Aujourd'hui, s'il est avéré que l'embryon humain n'est pas une personne juridique, il est en revanche considéré comme appartenant à l'espèce humaine, dont le respect se trouve garanti par l'article 1^{er} de la loi du 15 janvier 1975 susmentionnée, dès le commencement de sa vie⁴¹⁸. Le Conseil constitutionnel l'a indirectement précisé en indiquant que le respect de ce principe ne concernait que l'embryon intero⁴¹⁹. Il faut cependant préciser que la garantie de ce dit principe n'équivaut pas à une protection absolue de l'embryon un intero. Il s'agit en quelque sorte d'un encadrement des atteintes qui peuvent lui être portées. Le Code de santé publique en illustre aux termes de l'article L.2211-2 : « *il ne saurait être porté atteinte au principe mentionné à l'article L. 2211-1⁴²⁰ qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par le présent titre* ». Pratiquement, l'interruption volontaire de grossesse est donc rigoureusement encadrée puisqu'il n'est loisible d'y prétendre, présentement qu'avant la 14 semaine⁴²¹. Au-delà de ce seuil, seule une interruption médicale de grossesse est possible, lorsque la santé de la femme est gravement en péril ou qu'il existe une forte probabilité d'une affection d'une particulière gravité avérée comme incurable au moment du diagnostic⁴²³.

Ce régime juridique français est légèrement opposé à celui des Etats d'Afrique. Plus précise et vaste que les autres, la législation guinéenne considère l'embryon comme une personne juridique

⁴¹⁸ Article 16 du Code civil français.

⁴¹⁹ Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994.

⁴²⁰ « 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 ».

⁴²¹ Ce délai a été institué par la récente loi du 2 mars 2022 et remet donc en cause les Décisions du 15 janvier 1975 n°74-54DC et 27 janvier 2001 n°2001-446 DC considérant 7, qui approuvaient les délais de 10, puis 12 semaines.

⁴²² Voir à ce propos commentaire de la décision n°2013-674 DC du 1^{er} août 2013, pages 14-15.

⁴²³ Article L.2213-1 du Code de santé publique.

et le protège contre toute atteinte. Cette considération découle d'abord, de la pénalisation de son obtention contre paiement peu importe la forme, puis celle de sa conception in vitro ou sa constitution par clonage à des fins de recherches industrielles ou commerciales, enfin celle de son usage à des fins industrielles, commerciales et thérapeutiques⁴²⁴. Ces fondements législatifs sont confortés par l'interdiction de l'avortement qui est attentatoire à l'embryon⁴²⁵.

En revanche, sur le fondement de l'autorisation conditionnelle de l'interruption de grossesse, nous sommes tentés de relativiser cette position africaine. Le législateur guinéen tempère son raisonnement lié à la considération juridique de l'embryon ou lui apporte une conséquence relative puisqu'il soutient « *qu'il n'y a pas d'infraction lorsque l'interruption de grossesse est motivée par la sauvegarde de la vie de la mère gravement menacée ainsi que dans le cas de grossesses précoces, de viol, d'inceste et d'affection grave à l'enfant à naître* »⁴²⁶:

L'interruption de grossesse nécessitée par la « sauvegarde de la vie d'une mère » résulte d'un arbitrage défavorable à l'embryon et par conséquent à sa considération en tant qu'une personne juridique. En d'autres termes, le législateur guinéen fondant l'avortement sur la protection de la vie de la génitrice, fait prévaloir l'intérêt de cette dernière sur celui de l'embryon humain⁴²⁷. Est mise ici en avant, ce qui est appelée en France l'interruption thérapeutique ou médicale, qui est qualifiée dans d'autres pays d'« eugénique ». Il est pratiqué en raison d'un risque pour la santé ou la vie de la mère. Selon le Code de santé publique français, il peut être pratiqué lorsque deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire l'attestent, après que cette équipe a rendu son avis consultatif que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé ou la vie de la femme⁴²⁸.

Cette perte d'estime pour l'embryon humain est accentuée, par le fait que le législateur guinéen indique, « la précocité de la grossesse »⁴²⁹ comme l'un des motifs de l'autorisation de son

⁴²⁴Section IV (L'article 205 en donne des détails sur l'embryon).

⁴²⁵Article 262-265 du Code pénal

⁴²⁶Article 265 du Code pénal guinéen.

⁴²⁷ Il faut toutefois préciser, comme le soutient Aude BERTRAND-MIRKOVIC, d'une préférence sur les intérêts de la mère mais non sur l'affirmation que l'embryon ne serait pas un être humain. BERTRAND-MIRKOVIC A., « l'expression du désordre » *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, édition presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003, pages 7-11.

⁴²⁸ L'article L2213-1 du Code de santé publique français.

⁴²⁹ Il s'agit là d'une grossesse que porte une fille qualifiée de mineure selon les législations nationales. En Guinée selon le Code civil guinéen, est considéré comme mineur, « l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de 18 ans accomplis ».

interruption. Des combinaisons de théories juridiques et médicales en donnent des précisions : la grossesse précoce étant celle que porte une jeune fille qui n'a pas atteint la « majorité » égale ou supérieure à 18 ans, en y subordonnant l'avortement, ce dernier aurait pour raison principale la protection sanitaire de celle-ci. La médecine précise par la prévention des complications préjudiciables à la santé maternelle et celle de l'enfant à naître c'est-à-dire le futur bébé⁴³⁰. Cette seconde thèse est désormais discutable, parce que le problème ne se situe plus seulement au niveau médical. Tout comme en France⁴³¹, la grossesse précoce est de nos jours à l'origine de fréquentes stigmatisations, d'isolements et des troubles psychologiques ayant des répercussions sur la vie de la future mère et celle de l'enfant à naître. En considération de ces facteurs nous estimons que la société semble se préoccuper de la vie de ces deux personnes. Mais qu'en est-il de l'embryon ? Nous répondons par la négative tenant compte du fait que l'avortement empêchant ou prévenant les probables complications sanitaires, y porte atteinte. De cette sous-estimation nous déduisons qu'il n'est pas considéré comme une personne juridique ou que la protection des intérêts sanitaires de la mère est privilégiée par rapport aux siens.

Enfin, le législateur corrobore cette prééminence des intérêts de la génitrice en citant l'inceste comme fondement de l'autorisation de l'avortement, sans en donner une définition. L'inceste est une « *relation sexuelle prohibée entre des parents très proches, entre parents et enfants, entre enfants d'une même fratrie (y compris, demi-frère et demi-sœur), entre grands-parents et petit enfant, ou encore entre oncle ou tante et neveu ou nièce, voire selon certain entendement entre cousin* »⁴³². Pour le grand Littré, « *c'est la conjonction illicite entre les personnes qui sont parentés ou alliées au degré prohibé par les lois* ». Ces définitions sont illustrées par l'article 248 du Code civil guinéen aux termes duquel « *Le mariage est prohibé : 1. en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels et alliés dans la même ligne ; 2. en ligne collatérale, entre frères et sœurs légitimes ou naturels, entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* ». Il s'agit en d'autres termes, d'une relation incestueuse qu'interdit cette disposition et

⁴³⁰ Selon l'organisation mondiale de la santé, la grossesse et l'accouchement sont associées chez des adolescentes à des risques sanitaires plus importants pour la mère : dans les pays en voie de développement, les complications qui y sont liées demeurent les principales causes de décès chez les adolescents de 15 à 19 ans. Cette grossesse précoce a aussi dangereuse pour la santé des nourrissons : Les bébés des mères sont susceptibles de mourir, d'avoir un poids insuffisant... https://www.who.int/maternal_child_adolescent/documents/preventing_early_pregnancy/fr

⁴³¹LE VAN C., « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant ? », *Revue trimestrielle de psychanalyse, de psychologie et science humaines*, n° 55, 2006, pp. 225-234.

⁴³²Centre national des ressources textuelles et lexicales : <https://www.cnrtl.fr/definition/inceste>

tout acte qui en résulterait est répréhensible. C'est ainsi qu'est incriminée la grossesse qui en découle et fonde l'autorisation de tout projet de son avortement.

En considération de cette présentation, nous constatons qu'il s'agit donc, finalement, d'une position très proche de celle du législateur français pour qui, bien que la vie humaine soit protégée dès le commencement, les intérêts de la femme lui permettent d'obtenir une interruption volontaire de grossesse dans les premières semaines⁴³³. Une telle promotion législative de la santé devrait apparaître, autant que possible, dans les autres textes de loi ou normes à valeur législative telles que celles qui sont liées aux personnes mentalement affectées et privées de liberté.

Paragraphe II - Des législations liées à l'accès à la santé des personnes privées de liberté

Si les institutions des Etats d'Afrique francophones ont été faites à l'image des institutions françaises, elles doivent être constamment adaptées à leurs évolutions. Ainsi, en Guinée, dans la procédure d'hospitalisation d'office des malades mentaux, l'implication permanente des magistrats apparaît comme une nécessité du fait de la garantie constante de leur liberté d'aller et venir que l'Etat doit assurer ou de sa justification qu'il doit faire de sa privation (A). En revanche, en raison des circonstances particulières, le choix d'un médecin par les magistrats pour des personnes placées en garde-à-vue doit être revu. Sur le fondement du principe du libre choix des médecins traitants, alimenté par la confiance et l'impartialité, il sera question de permettre à la personne privée de liberté, par lui-même ou par l'entremise de l'un des membres de sa famille d'entrer en contact avec son propre soignant (B).

⁴³³ Article 1^{er} de la loi de 1975 qui consacre la protection de la vie.

A- L'implication constante de l'autorité judiciaire dans la procédure d'hospitalisation d'office d'un malade mental en Guinée

Le législateur guinéen autorise l'hospitalisation sans consentement d'un malade mental dans un établissement psychiatrique. C'est une initiative qui a pour visée, de rétablir sa santé et prévenir les conséquences d'un danger qu'elle constitue pour elle-même et pour autrui⁴³⁴. Il s'agit, comme en France⁴³⁵, d'une hospitalisation d'office que prévoit le Code de santé publique. Elle est sollicitée par une autorité administrative (non juridictionnelle) et judiciaire⁴³⁶. Le consentement de l'individu en cause n'est pas exigé, ce qui constitue une négation de sa liberté d'aller et venir⁴³⁷ qui doit être justifiée tout au long du séjour d'hospitalisation. Celle-ci étant assimilable à une détention qui, selon la Constitution guinéenne, doit être motivée par des faits qui sont reprochés et prévus par une loi antérieurement promulguée à sa commission⁴³⁸. Donc, l'hospitalisation sans consentement fondée sur le traitement d'une démence ainsi que la prévention de ses conséquences factuelles, doit être confirmée par la suite. Il s'agit comme le soutient le juge constitutionnel français, « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection sanitaire des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée prévue par la déclaration française....et que les atteintes à ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnée.* »⁴³⁹

Il est donc nécessaire, qu'en considération de la liberté de la personne mentalement affectée, que soit exigée, après examen médical, une estimation du temps d'hospitalisation sans consentement et que soit faite une modulation en fonction de laquelle un magistrat sur avis d'un médecin décidera du maintien du malade. Ainsi, s'il est médicalement estimé que l'état de l'individu nécessite un internement de 6 mois, après chaque période de trente jours, la décision d'un magistrat précédée de celle d'un médecin, sera exigée pour approuver la continuité. Le Code

⁴³⁴ Article 189-190 du code pénal guinéen.

⁴³⁵ La loi du 27 juin 1990 qui vient reformer celle de 1838 en tenant compte de ces évolutions.

⁴³⁶ Article 217 du code de santé publique de Guinée.

⁴³⁷ Il s'agit de la liberté d'aller et venir et celle de consentir aux soins qui doivent lui être administrés.

⁴³⁸ Article 9 « nul ne peut être arrêté, détenu ou condamné qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés, pour les motifs et dans les formes prévues par la loi ».

⁴³⁹ Décision 2010-71 QPC du novembre 2010. Cons. 16.

pénal guinéen y fait allusion en fixant une révision après 6 mois⁴⁴⁰. Mais ce délai qui paraît long, concerne une personne reconnue irresponsable de ses actes pénalement répréhensibles du fait d'une maladie mentale et pour laquelle on substitue une peine de prison par un enfermement en hôpital psychiatrique⁴⁴¹. Pour y remédier nous suggérons qu'une courte période (trente jours) soit prévue dans le Code de santé publique afin d'accroître l'implication d'un juge dans la procédure et écourter le temps de révision⁴⁴². L'intervention de celui-ci est non seulement protectrice de la liberté, mais elle légitime aussi l'atteinte qui y est portée parce qu'elle vérifie régulièrement la proportionnalité entre l'hospitalisation sans consentement et la précarité de la santé mentale⁴⁴³.

Nous mettons indirectement en œuvre l'interdiction d'une détention arbitraire faite par la Charte africaine des droits de l'homme⁴⁴⁴, c'est-à-dire, pour que l'hospitalisation sans consentement d'un malade mental ne soit pas arbitraire, il est absolument nécessaire qu'après une certaine période, l'approbation d'un juge précédé d'un avis médical soit sollicitée. Elle s'apparenterait alors à une détention provisoire ordonnée, prolongée et interrompue, si nécessaire par le juge des libertés⁴⁴⁵. C'est concrètement un contrôle régulier que doit effectuer celui-ci sur le fondement d'une exigence constitutionnelle de garantie des libertés individuelles. Nous nous référons à la France où la loi de 2013⁴⁴⁶ qui a modifié la loi de 2011 à la suite d'une invalidité du Conseil constitutionnel⁴⁴⁷ et impose que le juge des libertés et de la détention intervienne 12 jours après la première hospitalisation sans consentement.

Par ailleurs, bien qu'il existe en Guinée ces mesures législatives susceptibles d'amendements, force est de constater un grand nombre de délaissement des malades mentaux, aux conséquences

⁴⁴⁰Article 189 du Code pénal guinéen : « l'internement dans une maison spéciale de santé est prononcé en cas d'acquiescement pour démente de la personne concernée. La décision d'internement est révisée tous les 6 mois. La juridiction ayant prononcé la mesure d'internement peut y mettre fin après l'avis de l'autorité médicale compétente attestant la liberté de l'interné ne présente plus de danger pour l'ordre public. »

⁴⁴¹Il y a cependant une convergence qui est la limitation justifiée par la protection de la santé de la personne et de l'intérêt général notamment la sécurité d'autrui.

⁴⁴²Ceci insinuerait aussi la valorisation de la dignité de la personne, en lui réservant régulièrement un traitement qui y est lié. En d'autres termes le respect de la dignité n'est pas seulement l'absence d'un traitement dégradant, ou de torture, mais l'assurance par l'intervention d'un magistrat, d'un contrôle approuvant l'atteinte à sa liberté, pour une nécessité sanitaire.

⁴⁴³ Décision 2010-71 QPC du novembre 2010. Cons. 16.

⁴⁴⁴ Article 6 « tout individu a droit à la liberté et à la sûreté de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminées par la loi ; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement ».

⁴⁴⁵ ROME I., « Le juge des libertés et de la détention. Une fonction à parfaire à l'aune des grands principes constitutionnels », *Dalloz, Les cahiers de la justice*, n°4, 2012, pages 115-127.

⁴⁴⁶ Loi n°2013-869 du 27 septembre 2013.

⁴⁴⁷ Décision n°2011-135/140 QPC du 9 juin 2011. M. Abdellatif B. et autre (hospitalisation sans consentement).

funestes regrettables. Pour y remédier, nous jugeons nécessaire d'étendre l'initiative de leur hospitalisation à tous tiers lucides. Il s'agit, relativement à l'irresponsabilité parentale ainsi que l'inefficacité des autorités administratives, d'étendre l'engagement de la procédure d'hospitalisation au reste de la population lucide. Nous ajoutons au représentant légal ou curateur, à l'autorité de la localité administrative concernée, toute personne lucide pouvant constater une personne souffrant d'une maladie mentale et en aviser les autorités avec ou sans le consentement de celle-ci ou de ses représentants. C'est une procédure ouverte à tous certes, mais soumise à une restriction faisant allusion à la lucidité. L'objet de cette extension est d'atténuer l'insécurité. Il ne s'agira pas réellement d'une demande d'hospitalisation en tant que telle, mais de seconder ou d'assister les autorités dans leur mission. Cette initiative comblerait l'absence d'une police ayant pour objectif de prévenir l'insécurité qu'engendre l'acte d'un individu dépressif. Ce mécanisme se réaliserait manifestement comme suit : le tiers lucide tient informer le service administratif communal de l'existence d'un malade mental. Cette information est notifiée au maire de la commune concernée qui enjoindrait des policiers assistés d'un médecin psychiatre pour s'assurer de la véracité de l'information en vue d'une hospitalisation d'urgence ou non.

En mars 2017 une personne souffrant d'une maladie mentale a ôté la vie à une femme enceinte dans la préfecture de Lola. La réplique macabre des populations de la localité a été immédiate. La police n'y est jamais intervenue. Si la proposition décrite ci-dessus était instituée et vulgarisée, des individus (tiers lucide) auraient pu prévenir ces deux crimes en dénonçant l'existence d'une personne dangereuse. Cette perspective alimente les illustrations selon lesquelles la santé est un droit de jouissance et d'observation collective. La nation composée d'individus qui l'accordent, doit participer autant que l'Etat qu'elle mandate.

Cette nécessité d'amendement se fait ressentir en milieu carcéral, notamment en garde à vue.

B- La limitation de l'intervention du juge dans l'accès au médecin en garde à vue

L'accès à la santé en milieu carcéral découle du droit au respect de la personne humaine et sa dignité. C'est un principe qui « *exprime l'idée selon laquelle l'homme ne peut être traité comme un objet et d'une manière qui méconnaîtrait son appartenance à l'humanité. Il a vocation essentielle à régir deux domaines : d'une part, la protection de l'individu contre la biomédecine et d'autre part les règles applicables en matière de crime contre l'humanité* »⁴⁴⁸. Il est consacré par la Constitution guinéenne⁴⁴⁹. À travers cette consécration constitutionnelle, ce droit fait l'objet d'une sacralisation et d'une protection par l'État. Il est donc insusceptible de violation et son respect s'impose à tout le monde. Le professionnel de santé n'en est donc pas exempté. Ainsi, le Code de déontologie médical dispose que « *le Médecin au service de l'individu et de la Santé publique exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort* »⁴⁵⁰. L'observation de ce droit par le corps médical est plus exigée en droit guinéen, pour le traitement des individus privés de liberté par un verdict juridictionnel⁴⁵¹. L'incarcération ne doit justifier aucun traitement indigne ou discriminatoire d'un médecin mandaté. Lors de l'administration des soins à un prisonnier malade, il se doit d'adopter un comportement humain et ne doit par quelque moyen que ce soit, porter atteinte à son intégrité physique ou mentale⁴⁵². Il est tenu obligé sur la base d'une coopération, de communiquer à l'autorité judiciaire son état de santé, les tortures et sévices dont il aurait fait l'objet et qui pourraient porter préjudice à sa santé. Mais, faut-il aussi que le médecin soit de bonne foi. Même assermenté il est possible qu'il communique de fausses informations. La fréquente pratique en Guinée est de divulguer des images indiquant que l'individu malade serait sous des soins curatifs ou qu'il se porte bien après avoir reçu des soins médicaux. Il faut le plus souvent attendre des investigations des institutions internationales

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ Article 5 de la Constitution guinéenne : « La personne humaine et sa dignité sont sacrées. L'Etat a le devoir de les respecter et de les protéger. Les droits et liberté énumérés ci-après sont inviolables, inaliénables et imprescriptibles. Ils fondent toute société humaine, et garantissent la paix et la justice dans le monde ».

⁴⁵⁰ Article 2 du code de déontologie médicale guinéenne.

⁴⁵¹ Article 10 du Code déontologie médicale

⁴⁵² Article 10-2 du Code déontologie médicale

comme Amnistie ou le Haut-commissariat des droits de l'homme, pour connaître l'état de santé réel ou le traitement réel dont fait l'objet le prisonnier (le plus souvent politique)⁴⁵³.

Soulignons que les soins peuvent être administrés à la demande du détenu ou de sa famille dès la garde à vue mais le médecin est désigné soit par le procureur de la république soit par un officier de police, ce qui donne naissance à une problématique, celle de savoir si la garde à vue est une mesure restrictive de la liberté d'aller et venir ou s'adjoignent tous les autres droits. Rappelons que la garde à vue « *est une mesure par laquelle un officier de police judiciaire retient dans les locaux de la police pendant une durée légalement déterminée toute personne qui, pour les nécessités de l'enquête doit rester à la disposition des services de police. Sa durée dépend de la nature de l'infraction : elle est plus longue en cas de criminalité ou de délinquance organisée (terrorisme, trafic de stupéfiants...)* »⁴⁵⁴. Bien que différentes des autres catégories de détention, elle dénote quand même une privation de liberté, celle d'aller et venir, pour « des nécessités d'enquête », ce qui laisse entendre pour l'individu en cause, la pleine jouissance des autres droits en tant que sujet de droit. En dépit du fait qu'elle ne s'inscrive pas directement dans cette logique, la décision du Conseil constitutionnel français consacrant le droit de la défense et la prohibition du silence en garde à vue, se fondant sur l'obligation de respecter la Déclaration française de 1789, en est illustrative⁴⁵⁵. Il s'agit globalement d'une exigence de respect du bloc de constitutionnalité, plus particulièrement des droits qui y sont prévus. Parmi ces droits on distingue le droit à la protection de la santé dont la jouissance n'est accordée en Guinée, au détenu, qu'à travers l'accès au médecin : l'accès à la santé n'est uniquement pas constitué de l'accès au médecin mais aussi du libre choix du médecin. Le Code de déontologie médicale guinéen en dispose que « *le Médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit* »⁴⁵⁶. Découle de cette consécration, un principe selon lequel un médecin habilité par une tierce personne, fut-elle une

⁴⁵³Dans son rapport 2015/15 de février 2014, Amnesty international a mentionné la mort de prisonniers par manque de soins. Le Haut-Commissariat des droits de l'homme dans son rapport d'octobre 2014 a quant à lui, révélé après ses enquêtes, l'inexistence de structures et équipements auprès des établissements pénitentiaires.

⁴⁵⁴ *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, Paris édition 2018 p.353.

⁴⁵⁵ Le code de procédure pénale restreignait presque l'accès à un avocat pendant la détention à la garde à vue. Pour une durée de trente minutes, ceux-ci peuvent s'entretenir avec leur client. Il ne pouvait pas en plus être présent lors de l'interrogatoire mené par les forces de police et ne peut accéder au dossier du suspect. Protecteur des libertés, le juge constitutionnel français a constaté que le droit français des individus du droit à l'assistance effective d'un avocat lors des interrogatoires. Il en a conclu à la violation de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, composante du bloc de constitutionnalité. (Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010).

⁴⁵⁶ Article 6 du code de déontologie médicale

autorité, ne doit imposer ses soins à un patient. En d'autres termes, le patient ne doit se soumettre qu'aux soins du médecin qu'il a choisi, ce qui voudrait dire que l'individu détenu en garde à vue, bénéficie autant de ce droit, que ceux qui ne le sont pas. Ainsi, pour concilier ces mesures préventives et cet attribut lié à santé, il est nécessaire de permettre au détenu, soit par l'entremise de sa famille ou d'un proche, de se faire consulter par son médecin habituel. Cette idée est fondée sur le fait qu'entre un patient et son médecin, s'établit évolutivement une confiance qui, selon Geneviève Cresson⁴⁵⁷ est le socle l'impartialité dans la compétence. Ce sont là des qualités et critères importants pour la protection de la santé du détenu parce qu'ils incitent le médecin probablement à dénoncer un traitement dégradant.

Notons pour finir que nous ne sommes pas ici dans le cadre d'une mission d'expertise, mais d'un simple accès aux soins. C'est dans le premier contexte que pour l'objectivité et l'impartialité, le choix d'un médecin doit être fait par le procureur de la République ou les officiers de police judiciaire. Celui-ci ne doit par conséquent être à la fois, médecin expert et traitant du détenu.

Conclusion

De l'examen des textes constitutionnels des Etats d'Afrique francophones en référence à celui de la France, nous retenons une inconsistance du fait de l'usage d'une sémantique de consécration du droit à la protection de la santé très réductrice, voire déficiente. L'individu, principal acteur de la reconnaissance de ce droit fondamental est réduit à un simple destinataire, bénéficiant de sa jouissance dans un cadre déterminé. L'Etat-organe s'en attribue la naissance et apporte à son exercice, des limites plus ou moins justifiées. Ce monopole laisse planer un doute sur l'opposabilité de ce droit aux différents pouvoirs publics. Cette remarque est malheureusement accentuée par des impensés, entres autres la distinction de jouissance par des personnes vulnérables (femmes et enfants) de la protection sanitaire, ainsi que le droit au repos. A toutes ces insuffisances non exhaustives, les juridictions constitutionnelles doivent s'employer à remédier, dans leur interprétation, ce que nous tenterons de démontrer dans les lignes qui suivent par des exemples.

⁴⁵⁷CRESSON G., « La confiance dans la relation médecin-patient » *Presse de l'EHESP/ Recherche, santé, social*, 2000, 333-350.

Titre II- L'apport des juges constitutionnels à la protection sanitaire

En France, ainsi que dans les Etats d'Afrique qui l'imitent, la protection de la santé consacrée par la Constitution est consolidée par les juges constitutionnels dans le cadre de leur contrôle de constitutionnalité. Mais force est de constater, suite à l'analyse des décisions rendues, qu'un écart d'interprétations les distingue : le juge constitutionnel français s'illustre par son habileté à créer à l'issue de l'examen des textes constitutionnels, des concepts qui précisent l'étendue ou le sens de la jouissance des droits et libertés. L'obligation de vigilance destinée à la préservation de l'environnement que l'on peut citer en exemple, serait selon nos analyses, la résultante de la réalisation de la citoyenneté française qui, par extension, pourrait s'expliquer par la solidarité ainsi que par le devoir d'observation pour soi-même et pour autrui, des droits, tel que le droit à un environnement sain. Ayant pour substance la bonne foi, l'obligation de vigilance peut du reste, s'avérer plus utile pour l'Afrique que pour la France, en ce sens que son application qui aurait pu être requis par la Cour constitutionnelle béninoise dans certaines décisions, contribuera à la prévention des maladies saisonnières qui ont pour origine la dégradation de l'environnement. Cette créativité révélatrice de l'effort d'appréciation de la haute juridiction française se trouve confortée, par sa tentative de construction des normes législatives contrôlées et l'adjonction à la Constitution, dans ses Visas, d'autres textes comme le Code de santé publique comme référence. L'usage de ces techniques d'interprétation (« dite conformiste et d'incursion ») par les juges constitutionnels des Etats d'Afrique qui l'imitent, se révèle très fructueux dans la protection de la santé, ce que nous démontrerons dans l'analyse d'une décision de la Cour constitutionnelle guinéenne relative à la lutte contre le tabagisme (Chapitre I).

Précisons enfin, que cette distinction de la juridiction constitutionnelle française matérialisée par une création prétorienne ainsi que des techniques d'interprétation constructive découlent, d'une fréquente mise en œuvre des différents mécanismes constitutionnels de saisine prévus par la Constitution. Procédant de l'application de la question prioritaire de constitutionnalité, la constitutionnalisation juridictionnelle du droit à l'honoraire médical en contre partie des services faits ou des soins administrés aux patients, en est aussi l'un des effets probants. Cette dernière est une avancée constitutionnelle qui, précisée par les législations et conventions (référence faite aux différentes conventions liées à la sécurité sociale) pourrait servir de référence ou de base de régularisation pour les Etats d'Afrique francophones ciblés (Chapitre II).

Chapitre I- De la portée de l'interprétation du juge constitutionnel

Dans l'exercice de la protection des droits et libertés fondamentales notamment la santé, le juge constitutionnel français se montre plus percutant que celui des Etats d'Afrique qui s'en inspirent. Cette distinction est matérialisée par l'étendue des décisions qu'ils rendent et les innovations qui en émanent. Ainsi, dans le cadre de la protection de l'environnement, nous constaterons que, contrairement à la Cour constitutionnelle béninoise, le Conseil constitutionnel français fait une large interprétation en enjoignant par une obligation, la protection de la santé. Aussi, dans le cadre de la lutte contre le tabagisme, avéré attentatoire à la santé, nous relèverons cette même avancée du contentieux constitutionnel français sur celui des Etats Afrique francophones. De part et d'autre, nous développons à travers ce parallèle édifiant, le droit constitutionnel de la santé lié à la préservation de l'environnement ainsi qu'aux produits psychotropes. Dans la première catégorie, nous envisagerons différemment au profit de l'Afrique francophone la création du juge constitutionnel français c'est-à-dire l'obligation de vigilance, dans la forme, par l'implication active de l'individu dans la préservation d'un environnement sain au profit de la santé collective et dans le fond, par la détermination de nouvelles responsabilités des pouvoirs publics législatif et judiciaires qui consistent à s'« abstenir d'édicter des normes » défavorables à la sauvegarde de l'environnement et à « engager des actions (publiques) » résultant d'une saisine pour sanctionner tout acte pouvant y porter atteinte (Section I). Dans la seconde, nous déduisons de l'analyse de la technique d'interprétation dite conformiste des textes constitutionnels, à laquelle fait référence la Cour constitutionnelle guinéenne, pour contrôler la constitutionnalité de la Convention cadre de l'organisation mondiale de la santé relative à la lutte contre le tabagisme, une nouvelle qu'est « l'interprétation par incursion ou par liaison » (Section II).

Section I - L'obligation de vigilance, preuve d'une interprétation concrète du juge constitutionnel français

Contrairement à la Cour constitutionnelle béninoise, le juge constitutionnel français, interprète extensivement les normes constitutionnelles de référence, en dégage des responsabilités et pose des limites infranchissables aux pouvoirs publics et aux individus. L'institution de l'obligation de vigilance⁴⁵⁸ résultant de l'interprétation du « devoir de préservation de l'environnement » en est un exemple. Cette responsabilité exigible de l'Afrique francophone pour développer la protection de la santé publique, est susceptible de précision : dans la forme, elle fait naître un rapport contractuel de redevabilité dans lequel l'individu prévient la dégradation de la santé de la collectivité. La Question prioritaire de constitutionnalité et l'action populaire du Bénin qui consiste à recourir sans filtre juridictionnel à la Cour constitutionnelle, pour relever une inconstitutionnalité, lui en servent (Paragraphe I) ; dans le fond, cette habilitation inviterait les pouvoirs publics à une abstention « d'édicter des règles » ou à une action (publique) résultant des recours des personnes physiques ou morales (association), pour respectivement prévenir et réprimer le préjudice porté à la santé publique (Paragraphe II).

Paragraphe I - Perception formelle de la vigilance

En exigeant des personnes, des autorités administratives et des pouvoirs publics, la préservation de l'environnement, le juge constitutionnel français incite à la dénonciation auprès des autorités judiciaires, des actes qui en sont attentatoires ainsi que les discordances textuelles afférentes. Au-delà, cette conception voudrait que, l'individu à travers la préservation d'un environnement sain, prévienne solidairement la dégradation de la santé publique ou celle de toute la collectivité humaine. C'est une tâche contractuelle qu'il accomplit sur le fondement de la citoyenneté et substantiellement la bonne foi (A). Le médecin le spécifie en s'acquittant de son obligation de moyens : l'un des moyens qu'il met en œuvre pour restaurer la santé du patient et la préserver de

⁴⁵⁸Considérant que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. Que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'imposent non seulement aux pouvoirs public et autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif, mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourrait résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénature la portée. » Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

toute altération, est le respect des règles d'hygiène qu'il enseigne. Ceci est assimilable à une vigilance médicale réalisable par la préservation des éléments de l'environnement telle que l'eau potable et salubre, dont la consommation constitue de nos jours un droit fondamental autant sur le plan national qu'international (B).

A- La vigilance, une responsabilité contractuelle de l'individu

La vigilance individuelle suppose un dévouement envers son environnement, la prévention des actes insalubres et polluants susceptibles de l'affecter. Autant individuel que collectif, c'est un devoir d'observation de la salubrité. En plus de responsabiliser le sujet de droit, l'incitant à observer les limites constitutionnelles et législatives liées à la protection de l'environnement, elle lui accorde des prérogatives de contrôle ou de surveillance d'autrui ⁴⁵⁹. De cette conception non précisée par le juge constitutionnel nous déduisons un rapport contractuel qui engage la personne physique envers ses semblables constituant une collectivité humaine. C'est dans l'informel, une obligation contractuelle de nature constitutionnelle qui consiste à protéger la santé collective contre des actes ou activités humaines nocives. Cette théorie découle, selon nous, de l'exégèse de la citoyenneté, un concept qu'alimente l'autodétermination individuelle à effet collectif.

En détail, la citoyenneté signifie « *défendre ses propres droits, les rendre effectifs, en respectant ceux des autres et en contribuant à ce qu'ils soient également réalisés. Elle signifie aussi, agir solidairement au sein de la communauté, en assumant des responsabilités et en participant activement aux décisions d'intérêt général.* »⁴⁶⁰

C'est donc pour le sujet de droit une double responsabilité de réalisation des droits assimilables à l'obligation constitutionnelle de vigilance instituée. Elle exige du citoyen la protection des droits fondamentaux parmi lesquels figure le droit à un environnement favorable à la santé. Cette protection est concrètement réalisable par la question prioritaire de constitutionnalité qui, selon Christian HUGLO, aurait en général pour « *vocation de contrôler substantiellement dans l'ordre interne l'application des droits constitutionnels en les reliant à toutes les autorités de la*

⁴⁵⁹Par exemple, la loi n°2018-938 du 30 octobre pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire saine, durable et accessible à tous : elle indique qu'à partir du 1^{er} janvier 2022 la production, le stockage et la circulation des produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées pour des raisons liées à la protection de la santé humaine ou animale ou de l'environnement conformément au règlement (CE) n°1107/2009 du parlement européen...

⁴⁶⁰D'ABREU DALLARI D., « Citoyenneté et droit de participation », *Le sujet dans la cité*, n°3 2012, p. 67.

République, y compris les autorités judiciaires »⁴⁶¹. Particulièrement, il s'agit pour les individus, seul ou en association⁴⁶² de recourir au Conseil constitutionnel⁴⁶³, pour dénoncer la contradiction entre une loi ou une norme de même nature⁴⁶⁴ et la Charte de l'environnement, élément constitutif du bloc de constitutionnalité⁴⁶⁵. C'est ainsi que l'association France Nature Environnement a saisi le juge constitutionnel de la conformité à la Constitution, des articles L.511-2 et L.512-7 du Code de l'environnement dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2009-663 du 11 juin 2009 liée à l'enregistrement des installations classées pour la protection de l'environnement. Selon elle, ces dispositions méconnaissent le droit à un environnement respectueux de la santé et celui de participer à l'édiction des règles y afférentes, qui constituent des exigences constitutionnelles posées par les articles 1 et 7 de la Charte de l'environnement. La haute juridiction, pour sa part, en a conclu à une non-conformité partielle de ces dispositions⁴⁶⁶.

Cette initiative n'est *a priori* profitable qu'aux requérants, mais le caractère impersonnel de la loi censée être appliquée ou incriminée en donne une autre portée : celle-ci s'applique à tout sujet de

⁴⁶¹HUGLO C., « La QPC, quelle utilisation en droit de l'environnement », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°43, 2014, p. 58.

⁴⁶² Nous faisons allusion aux associations liées à la protection environnementale, telles que l'Union départementale pour la sauvegarde de la vie, l'association France nature....

⁴⁶³Dans sa décision n°2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, considérant 5, le Conseil constitutionnel le consacrait dans le cadre de la protection environnementale en observant que : considérant qu'aux termes du premier alinéa de 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 garantit la Constitution, 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 »; que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

⁴⁶⁴ Le Code de l'environnement par exemple.

⁴⁶⁵Des rapporteurs précisent en affirmant « qu'il s'agit d'apprécier l'efficacité d'une QPC, étendue comme la capacité d'une norme ou d'un mécanisme à atteindre son but, l'objectif pour lequel la norme ou le mécanisme a été mis en place. Rapportée à la QPC, deux approches de l'efficacité peuvent être mobilisées. D'une part, apprécier dans quelle mesure la QPC qui concerne la matière environnementale contribue à promouvoir la constitutionnalité des normes législatives qui ont un impact sur l'environnement. D'autre part, apprécier dans quelle mesure le mécanisme a pu ou peut contribuer à renforcer la protection de l'environnement dans une dimension positive et prospective. Enfin, il s'agit d'apprécier l'effet utile de la QPC... » Voir à propos Rapport final sur les dix ans de QPC en matière d'environnement : Quelle (r)évolution ?? p.103, janvier 2020.

⁴⁶⁶Décision n°2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011. Il faut toutefois préciser qu'il s'agit là d'une convergence d'invocabilité de la Charte par le juge constitutionnel et le justiciable, ce qui dans d'autres cas, peut être différent. Concrètement, dans sa récente décision n°2019-823 QPC du 31 janvier 2020, le Conseil constitutionnel français, opposait l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement au justiciable, partie requérante, qui se fonde sur la liberté d'entreprendre pour contester la constitutionnalité des dispositions législatives interdisant, à compter du 1^{er} janvier 2022, la production, le stockage et la circulation de certains produits phytopharmaceutiques. Cette décision marquait une divergence fondée notamment sur de la santé publique. Pour plus de détails, voir CHAMPEIL-DESPLATS V., « la protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? », *La Revue des droits de l'homme*, novembre 2020.

droit⁴⁶⁷ et l'abstention de dénoncer son inconstitutionnalité (l'atteinte à la santé publique) en recourant aux juridictions a des conséquences autant pour les requérants que pour les individus qui n'en prennent pas l'initiative. Cette conception promeut l'invocation individuelle du droit à la protection de la santé au profit de toute la collectivité humaine. Un exemple éclairant se trouve dans le contentieux constitutionnel béninois avec, le recours en inconstitutionnalité d'un justiciable contre l'implantation, dans une agglomération urbaine, de la société des ciments du Bénin (SCB). Ce dernier estime que la SCB est une industrie très polluante et met en danger la santé des riverains. En effet, les matières (gypse, clinker...) qui entrent dans la composition du ciment qu'elle fabrique, quand elles sont inhalées, sont cancérigènes. Toutes les personnes qui habitent en permanence ce quartier ou y travaillent sans un minimum de protection ni, examen médical, pourraient être atteintes de phthisie. Il suffit de circuler dans la région pour constater que les toitures de toutes les maisons sont blanches de poussière de ciment et sont rongées. Tous les arbres de la zone sont frappés de dégénérescence. Il demande à la Cour de constater que l'implantation de la SCB en agglomération urbaine viole le droit à un environnement sain que garantit la Constitution⁴⁶⁸.

Ces prétentions procèdent de la redevabilité d'une personne envers ses semblables, potentiels débiteurs de la protection sanitaire. L'individu sauvegarde sa santé certes, mais il pense aussi le collectif⁴⁶⁹. Son recours est fondé sur un intérêt à agir qui est le sien et celui de ses semblables s'y rattachent. Non exigé dans le contentieux constitutionnel béninois, pour la recevabilité d'une requête⁴⁷⁰, cet intérêt à agir est ici fondé sur l'intérêt à défendre qui constitue la conviction

⁴⁶⁷ Nous évoquons les effets de l'uniformité dans l'application de la loi sans considération des conditions sociales et professionnelles : Introduire par l'entremise du juge ordinaire, un recours auprès juge constitutionnel pour dénoncer l'inconstitutionnalité d'une loi, qui résulte de sa contradiction avec le droit à la santé que garantit la Constitution, constitue une action manifestement dépourvue d'un caractère personnel. Le dénouement ou la décision de la juridiction constitutionnelle profite autant au sujet de droit, justiciable ou auteur de l'action, qu'aux autres qui sont observateurs. Les conséquences de l'abstention ont de même un caractère général. Cette conception s'illustre mieux par les règles de nature environnementale dont le respect s'impose à tous. Voir à propos de ce caractère général de la règle de droit, PETIT B., *Introduction générale au droit*, édition Presse universitaire de Grenoble, 2016, pages 27-28.

⁴⁶⁸Décision N°DCC 09-046 du 24 Mars 2009.

⁴⁶⁹Il s'agit d'une nouvelle interprétation de la définition que BIOY donne au citoyen. Le citoyen est l'individu qui pense et agit pour le groupe. Il détiendra ainsi les droits attachés à chaque niveau de collectivité ; locale, nationale et internationale. *Ibid.*

⁴⁷⁰Dans le contentieux constitutionnel béninois, l'intérêt à agir n'est obligatoire. Le règlement intérieur ne le prévoit pas, mais en se référant à la pratique jurisprudentielle antérieure, nous pouvons fort bien constater qu'il n'est pas exigé des requérants. Notons pour compléter que toute personne, sans être directement concernée par une disposition ou un acte, peut saisir la Cour constitutionnelle. Voir à propos règlement intérieur du 11 juin 2018, de la Cour constitutionnelle béninoise. Précisons qu'en dehors de cette particularité du contentieux constitutionnel béninois,

individuelle qu'un acte d'autrui lèse nos droits et que l'on pourrait en tirer une prétention protectrice. Cette perception extrajudiciaire est matérialisée par le rapport étroit entre l'individu et le dommage subi qui, dans le cadre sanitaire, est soit personnel soit collectif. Nous opposons là, les conséquences sanitaires d'une conduite spontanée et répréhensible, provoquant une atteinte corporelle, à celles d'une seconde résultant d'une activité entrepreneuriale à effet dommageable. Dans la première catégorie, soit l'individu, dans un volontarisme exagéré, affecte le fonctionnement de ses organes humains, ce que nous illustrons par la consommation des stupéfiants⁴⁷¹ ou qu'il soit victime du comportement d'autrui provoquant une dégradation corporelle. Dans la seconde, il s'agit de l'exécution d'une activité de production, qui, bien qu'indispensable, altère massivement la santé humaine par la projection des substances nocives⁴⁷². Plusieurs sujets de droit sont concernés et en découle une prétention restauratrice ou préventive de la santé, dont la manifestation singulière correspondant à l'intérêt à défendre en l'occurrence sanitaire, doit être généralisée.

Nous l'explicitons davantage par la solidarité dérivée de la citoyenneté. En détail, en introduisant un recours en inconstitutionnalité ayant principalement pour visée, de prévenir la dégradation de la santé par les conséquences d'une activité entrepreneuriale, le justiciable exerce une « solidarité active » c'est-à-dire qu'il agit « sanitaire » en faveur de toute la collectivité humaine. Il exerce pour le compte en lieu et place de ladite collectivité, une mission de protection juridictionnelle de la santé publique. A l'inverse, chaque individu composant de cette collectivité, exécutant cette action, est dans une logique de « solidarité passive ». Dans l'une ou l'autre, il y a une action de défense d'intérêt sanitaire par ricochet.

Notons enfin que ces actions protectrices ne peuvent être réalisées sans la bonne foi revêtue d'un caractère contraignant. Nous évoquons concrètement l'obligation de bonne foi⁴⁷³ sans laquelle la

l'intérêt à agir est « une condition de recevabilité de l'action consistant dans l'avantage que procurerait au demandeur la reconnaissance par le juge du bien-fondé de sa prétention. L'intérêt doit être personnel, direct, né et actuel. Le défaut d'intérêt d'une partie constitue une fin de non-recevoir que le juge peut soulever d'office » Voir GUINCHARD S., [dir], *lexique des termes juridiques*, édition Dalloz 2018-2019.

⁴⁷¹BROCHU S., LAFORTUNE D., et POULLOT P., « Santé mentale, alcool, drogues et violence. Adaptation du modèle tripartite de Goldstein », *Psychotropes* n° 14, 2008, pages 157-178.

⁴⁷² Nous faisons par exemple aux sites sidérurgiques tel que Arcelor Mittal Méditerranée à Fos-sur-Mer (Bouche du Rhône) Sollac Lorraine à Florange (Moselle), Sollac atlantique à Dunkerque (nord), qui rejette le plus de CO₂, substance nocive.

⁴⁷³Consacrée à l'international notamment par la convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises, par les principes unidroits relatif aux contrats du commercial (article 1.7) la bonne foi est de même inscrite dans les normes internes en droit pénal, droit de la famille, des biens, des obligations, donc la plupart des domaines d'études

théorie du juge serait tributaire d'un volontarisme constitutionnel basé sur le devoir moral. En d'autres termes, bien que l'obligation constitutionnelle soit sous-tendue par l'autorité de la chose jugée, elle ne garantit pas son observation par ses destinataires. Sous réserve d'une introspection positive, le sujet de droit pris isolément, membre d'une collectivité, s'exempte de toute pression juridictionnelle ou législative. Il doit être de bonne foi pour former un recours juridictionnel afin de dénoncer pour soi-même ainsi que pour autrui, l'existence d'une entreprise humaine dont le fonctionnement serait préjudiciable à la santé. Cette appréhension générale de concrétiser la protection environnementale favorisant la protection de la santé, pourrait être précisée par le médecin dans ses rapports contractuels avec le ou les patients d'une famille ou d'une collectivité.

B- Spécificité de la vigilance sanitaire résultant d'une relation contractuelle entre médecin et patient

Destinée aux personnes physiques, l'obligation de vigilance a une spécificité qui relève de l'exercice de la profession médicale. En effet, le Code de déontologie médicale français exige du médecin, l'obtention du respect des règles d'hygiène, dans ses rapports avec les patients qu'il est appelé à soigner dans une famille ou une collectivité. Ceci constitue une responsabilité qu'il met à leur charge, en s'assurant qu'ils la transmettent aux tierces personnes⁴⁷⁴. Cette théorie que nous assimilons à de la vigilance, résulte selon nous, de l'obligation de moyen du médecin⁴⁷⁵. C'est à dire qu'elle promeut l'autonomisation des patients dans l'observation des règles d'hygiène, ce

n'y échappe pas. Elle fait donc l'objet d'une plus grande attention surtout en droit des contrats où elle constituera un phénomène de moralisation. La bonne foi indique « *la qualité d'une personne qui parle qui agit avec loyauté, selon sa conscience* » (*Le maxidico, dictionnaire encyclopédique de la langue française*, Paris édition de la connaissance 1996.), juridiquement la bonne foi fait l'objet de plusieurs définitions et est confrontée à des difficultés de définition. Elle indique la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière ou sur apparence trompeuse. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, vocabulaire juridique [dir] Gérard Cornu, Paris édition PUF, 1998 pages 109-110. Il nous paraît utile ou préférable de se fier aux acceptions liées à la loyauté pour indiquer l'intention de la personne dans une relation contractuelle. Elle convient plutôt à notre contexte de protection environnementale et sanitaire où l'individu sur le fondement d'une loyauté indestructible use des mécanismes consacrés dans la constitution pour exercer la vigilance. PICOD Y., *le Devoir de loyauté dans l'exécution des contrats*, Thèse Dijon, Paris, édition LGDJ, 1989, p. 11.

⁴⁷⁴Article 49 de ce Code déontologie médicale, et article R.4127 du code de la santé publique : « Le médecin appelé à donner ses soins dans une famille ou une collectivité doit tout mettre en œuvre pour obtenir le respect des règles d'hygiène et de prophylaxie. Il doit informer le patient de ses responsabilités et devoirs vis-à-vis de lui-même et des tiers ainsi que des précautions qu'il doit prendre ». Cette disposition a été transposée dans le code déontologie médicale guinéenne à l'article 48. Dans celui du Sénégal à l'article 28 ; et dans le code déontologie médicale béninois à l'article 30.

⁴⁷⁵LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., « Chapitre 1 Les droits et obligations généraux », *Droit de la santé*, Paris, presse universitaire de France, 2012, pages 364-365.

qui constitue l'un des moyens devant être mis en œuvre pour restaurer leur santé ou en prévenir la dégradation. Celle-ci est liée à la préservation de l'environnement réalisable par l'amélioration de l'alimentation, l'élimination des déchets, la lutte contre l'insalubrité et la distribution d'une eau potable⁴⁷⁶.

Dans certains Etats d'Afrique francophones, ces deux derniers éléments sont nécessaires pour rendre efficiente cette vigilance médicale. En Guinée, par exemple, apparaissent des maladies épidémiques saisonnières telles que le choléra qui font des victimes. Les principales causes sont l'insalubrité ainsi que la consommation de l'eau souillée. Les médecins qui y interviennent pour administrer des soins aux patients infectés, sont contraints d'enseigner des règles d'hygiène afin de perpétuer leurs traitements et contenir l'épidémie. Mais, la réussite d'une telle initiative est tributaire d'une bonne politique publique d'accès à l'eau potable, à l'assainissement qui, autant sur le plan national et qu'international, sont deux droits indissociables garantis. En France, le Code de l'environnement dispose que « *l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau, dans des conditions économiquement acceptables par tous* »⁴⁷⁷. En 2013, cette mesure est confortée par une disposition interdisant les coupures d'eau pour les résidences principales⁴⁷⁸. Statuant sur sa constitutionnalité le juge constitutionnel français, consacrait ce droit comme un objectif de valeur constitutionnelle, observant qu'il figure parmi les éléments qui caractérisent l'accès à un logement décent⁴⁷⁹. Le Conseil d'Etat s'y prononçait aussi en soutenant que « *dans le silence de la loi, la doctrine a rattaché cette compétence (de distribution de l'eau potable) à l'article 97 de la loi du 1884 qui énumère, au nombre des pouvoirs de police du maire, ceux qui concerne le nettoyage des voies publique ainsi que la prévention des accidents et fléaux calamiteux, tels*

⁴⁷⁶FOURNET F., YONGSI N B., MEUNIER-NIKIEMA A., &alii, « Chapitre 6, l'environnement fait la santé », *Regard sur la terre*, Paris presse de Science Po 2010, pages 155.

⁴⁷⁷ L'article L.120 du Code de l'environnement.

⁴⁷⁸ Loi n°2013-312 du 15 avril 2013 modifiant l'article L.115-3 du Code de l'action sociale et des familles (dite loi Brottes).

⁴⁷⁹Décision n°2015-470 QPC du 29 mai 2015 société SAS [interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales] : « *Considérant qu'en premier lieu, qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence ; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière ; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, en garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond à un besoin essentiel de la personne, a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* ».

que les incendies, les inondations et les maladies épidémiques et contagieuses »⁴⁸⁰. La Cour de cassation complétait en 2018 cette intervention consacrant l'interdiction de la réduction du débit d'eau (lentillage) en cas de non-paiement des factures⁴⁸¹

Précédemment à ces consécutions, à l'universel, une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU reconnaissait « l'importance que l'accès équitable à une eau potable salubre et propre et à des services d'assainissement, qui fait partie intégrante de la réalisation de tous les droits de l'homme ». Adoptée par « 122 voix pour », et « 0 contre », elle consacre le droit d'accès à l'eau potable comme un droit fondamental essentiel, au plein exercice du droit à la vie et de tous les autres droits de l'homme. Cette garantie est un supplément à celles des Conventions spécifiques : celle de 1979 sur toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui dispose que « *les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans les zones rurales....et, en particulier il leur assure le droit : de bénéficier des conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne le logement, l'assainissement, l'approvisionnement en électricité et en eau potable* »⁴⁸². Celle de 1989 sur la Convention des droits de l'enfant qui dispose que « *les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur de santé possible.... Les Etats parties s'efforcent d'assurer la réalisation intégrale du droit susmentionné et, en particulier, prennent les mesures appropriées pour : lutter contre la maladie et la malnutrition... grâce notamment...à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable* »⁴⁸³.

Notons sur le plan régional, l'instauration, dans le protocole eau et santé⁴⁸⁴, de l'obligation des Etats de prendre des mesures appropriées pour assurer un approvisionnement adéquat en eau salubre, exempte de microorganismes de parasites ou de substances qui, en raison de leur nombre ou concentration représentent un danger pour la santé humaine ; la Garantie d'un assainissement permettant de protéger la santé de l'homme et de l'environnement⁴⁸⁵. L'Union européenne y fait implicitement référence en déterminant des exigences liées aux services publics : « *les valeurs*

⁴⁸⁰ Conseil d'Etat rapport public 2010, volume 2, l'eau et son droit

⁴⁸¹ Cass. CIV. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-13395.

⁴⁸² Article 14 de ladite convention

⁴⁸³ Article 24 de ladite Convention

⁴⁸⁴ Article 42 du protocole sur l'eau et la santé à la convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

⁴⁸⁵ De jours plusieurs grands Etats l'on ratifié. Il s'agit de l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Estonie, Finlande, la France, la Hongrie, Lituanie, le Luxembourg, Norvège, le Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie, la suisse, la république tchèque, l'Albanie, l'Azerbaïdjan, la Belarus, croire, Moldavie, la Russie, l'Ukraine

communes de l'Union européenne concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 16 du traité de fonctionnement de l'Union européenne, comprennent notamment [...] un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs »⁴⁸⁶. Pour sa part, en interprétant le droit à un logement décent prévu par la Charte sociale révisée, le Comité européen des droits sociaux s'y intéressait manifestement en citant l'eau et diverses installations comme éléments d'aisance sociale⁴⁸⁷. Ajoutons pour terminer, sur le plan européen, la déclaration du Conseil des ministres de 2020 qui observait que les obligations des Etats relatives aux droits de l'accès à l'eau potable et à l'assainissement sont étroitement liées au droit à un logement, à l'alimentation et la santé. Elle précise que ces droits sont non seulement liés aux droits de l'homme mais plus, sont parties intégrantes du droit à un niveau de vie suffisant et lié à la dignité humaine. Au plan africain, on peut respectivement noter la signature et l'adoption en 2008 et 2009 d'un accord international dénommée « Charte de l'eau du bassin du Niger » et d'une Convention qui fait de l'accès à l'eau et à l'assainissement l'une des obligations des Etats parties.

Ces garanties textuelles sont consolidées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸⁸. Elle consacre indirectement le droit à l'eau et à l'assainissement comme l'un des critères de qualification d'une incarcération appropriée ou non. Elle va plus loin en précisant que l'absence de jouissance de ces deux droits pourrait être qualifiée d'un traitement inhumain et dégradant. Elle reconnaîtra enfin en 2009 le « *devoir primordial pour les Etats de mettre en place un cadre législatif et administratif visant à une prévention efficace des dommages à l'environnement à la santé humaine* »⁴⁸⁹.

Contrairement à la France, nous ne relevons malheureusement que des consécutions textuelles, dans les Etats d'Afrique francophones. C'est-à-dire qu'aucune jurisprudence n'y est liée. Le Code des collectivités territoriales de Guinée fait de la gestion d'eau, des points d'eau, de la

⁴⁸⁶ Protocole 9 sur les services d'intérêt général au traité de Lisbonne de 2007.

⁴⁸⁷ Décision 7/12/2005, réclamation 27/2004).

⁴⁸⁸ Dans l'affaire *Kadikis c/ Lettonie* n°62393/00, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté « l'absence d'eau potable et, plus généralement d'eau courante dans la cellule du requérant ». Elle en a démontré que le prisonnier « ne pouvait accéder à l'eau potable qu'à l'occasion de ses sorties aux toilettes ou aux lavabos, et ce nonobstant la chaleur dont il affirme avoir souffert ». Aussi dans l'affaire *Marian Stoicescu c/ n° 12934/ 02*, le prisonnier a été dans l'obligation d'utiliser une eau malsaine à la consommation.

⁴⁸⁹ CEDH, 27 janvier 2009, *Tatar c/Roumanie*, REJE 1/2010, p.62, commentaire J.P. Marguénaud ;

salubrité et l'hygiène publique, une compétence propre des collectivités territoriales⁴⁹⁰. Le Code de santé publique guinéen dispose aussi que, conformément à la protection environnementale, des mesures d'évacuation des ordures seront prises par les autorités administratives de la localité⁴⁹¹. Les services chargés de l'hygiène et de la protection environnementale assureront la surveillance et le contrôle de la qualité des eaux utilisées pour la boisson, des eaux à usage domestique et industriel, de l'air ambiant, ainsi que les denrées alimentaires sur toute l'étendue du territoire de la République de Guinée⁴⁹². Notons pour amender ces mesures, en référence à la France, que la Guinée et les autres Etats d'Afrique sujets d'analyse, doivent adopter des dispositions relatives à l'accès à l'eau industrialisée⁴⁹³ c'est-à-dire, ayant fait l'objet d'un traitement préalable. Il s'agit là de promouvoir une accessibilité financière pour les citoyens les plus pauvres.

En tous les cas, il s'agit là d'une facilitation par les pouvoirs publics et les autorités, la mise en œuvre d'une obligation. Celle-ci peut aussi s'identifier en une obligation d'abstention positive, ou d'action pouvant être perçue comme le contenu ou le fond de la création jurisprudentielle du juge constitutionnel.

Paragraphe II - Teneur de l'obligation de vigilance

Le pouvoir législatif adopte la loi et le pouvoir judiciaire l'applique avec impartialité. L'exercice ou l'irréalisation de chacune de ces deux compétences peut s'avérer défavorable à la protection environnementale : il est concrètement question de l'adoption d'une législation qui, en partie ou dans sa totalité, ne favorise pas la préservation de l'environnement contre toute atteinte et affecte la santé publique. Il s'agit aussi de l'inaction des professionnels de la justice, le procureur de République en l'occurrence, face à des infractions de nature environnementale « sanitaire » dommageables. Il est donc préférable de prendre des mesures préventives. Celles-ci consisteront à contraindre le pouvoir législatif à s'abstenir d'édicter des normes ou s'en dissuader dès le

⁴⁹⁰ Article 29 du code des collectivités territoriales de Guinée.

⁴⁹¹ Article 160 du code de santé publique guinéen.

⁴⁹² Article 161 du code de santé publique guinéen

⁴⁹³ L'une des initiatives qui puissent les y obliger, est la constitutionnalisation comme l'a fait la Slovénie : « l'approvisionnement en eau potable de la population est assuré par l'Etat via les collectivités locales, directement et de façon non lucrative. Les ressources en eau sont un bien géré par l'Etat. Elles sont destinées en premier lieu à assurer l'approvisionnement durable en eau potable de la population et ne sont à ce titre pas une marchandise ».

départ. Cette première précaution, déductible d'une décision⁴⁹⁴ du Conseil Constitutionnel français, constitue le prolongement d'une vague interdiction constitutionnelle définie par celui-ci (A). Ces mesures seront aussi destinées à l'autorité judiciaire, l'invitant à engager des actions à la demande, soit des personnes physiques ou morales telles que les associations (B).

A- L'obligation d'abstention positive

L'obligation de vigilance peut être perçue comme cette attitude individuelle ou institutionnelle consistant à s'abstenir de prendre, dans l'exercice d'une activité, des actes qui, de par leur nature ou finalité porteraient atteinte à l'environnement. En droit, l'abstention est, dans le cadre d'une élection ou d'un référendum, le fait de ne pas participer au nombre de suffrage exprimé⁴⁹⁵. C'est donc un terme, dont l'emploi en droit, notamment constitutionnel indique l'acte, l'intention ou la position de l'individu. En droit pénal, son usage est aussi fait pour indiquer un acte par lequel le « *juge renonce spontanément à connaître du procès, soit parce qu'il existe une cause de récusation en sa personne ou parce qu'il y a pour lui un motif de conscience rendant souhaitable son abstention* »⁴⁹⁶. Elle insinue alors, comme dans le premier sens, le renoncement ou le refus justifié d'adopter, de prendre un acte ou de l'exécuter. Nous l'attribuons au pouvoir législatif en l'appréhendant comme une prohibition constitutionnelle imprécise, qui promeut la protection environnementale aux répercussions sanitaires.

En détail, dans la Constitution française, n'est faite qu'une répartition des attributions institutionnelles. Le constituant y cite les matières dans lesquelles le législateur fixe des règles et détermine des principes fondamentaux⁴⁹⁷. L'objet de cette consécration est d'empêcher celui-ci d'empiéter dans le domaine du pouvoir réglementaire. Cette délimitation constitutionnelle est précisée par une autre disposition de la même Constitution qui dispose que « *les matières autres que celles qui sont prévues par la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces termes peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente*

⁴⁹⁴Décision n°2016-595 QPC du 18 novembre 2016. Société Aprochim et autres [conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets] ; considérant 8.

⁴⁹⁵LANCELOT A., *L'abstentionnisme électoral en France*, Paris, édition Presse de sciences Po, 1968, p. 11.

⁴⁹⁶*Lexique des termes juridiques*, Paris, édition Dalloz, 218, p. 3.

⁴⁹⁷ Article de la Constitution française de 1958

Constitution ne pourront être modifiés par le décret que si le conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent »⁴⁹⁸.

Cette généralité laisse apparaître un vide, celui d'interdire aux pouvoirs publics, de prendre des actes aux conséquences dommageables. Mais nous pouvons en revanche supposer qu'il a été comblé par des interventions du Conseil constitutionnel. Premièrement, celle qui, dans la logique de la protection des droits constitutionnels, interdit au législateur dans le cadre de l'exercice de ses activités, de priver des garanties légales d'exigences constitutionnelles⁴⁹⁹. Ensuite, celle qui lui permet de rendre effectif, plutôt que de restreindre sévèrement, par de nouvelles lois ou mesures législatives, la protection d'une catégorie de liberté⁵⁰⁰. Enfin, la création prétorienne de l'objectif de valeur constitutionnelle qui constitue une condition d'effectivité des droits et libertés. Elle fixe la conduite du législateur sur la base d'une fonction normative d'obligation, de permission et d'interdiction⁵⁰¹.

C'est dans le prolongement de ces régimes de protection particulière et d'interdiction que le juge constitutionnel a institué cette obligation de vigilance qui est susceptible de plus de précision. Elle met implicitement des responsabilités à la charge des pouvoirs publics sans pourtant déterminer leurs contenus. C'est une garantie des droits qui demeure inachevée. C'est-à-dire que celle-ci ne consiste pas seulement à accomplir un acte, d'adopter une loi mais de s'abstenir d'en prendre l'initiative au profit des droits et libertés surtout environnementales. Autrement dit, le législateur doit s'abstenir d'adopter des lois dont l'application pourrait être attentatoire à l'environnement, et par ricochet à la santé. Cette abstention de légiférer ou d'édicter des règles, bien que pouvant découler de la vague théorie de protection ou d'interdiction précédemment décrite, résulte aussi de l'appréciation sémantique particulière d'une intervention du Conseil constitutionnel. En 2016 statuant en inconstitutionnalité, il affirmait :

⁴⁹⁸Article 37 de la Constitution française de 1958

⁴⁹⁹Explicitement le législateur dans l'exercice de ses attributions, peut soit adopter ou abroger, pourvu qu'ils ne privent des garanties légales d'exigences constitutionnelles. Pour en savoir plus, voir VIDAL-NAQUET A., *Les garanties légales d'exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris édition Panthéon-Assas, 2007.

⁵⁰⁰Nous faisons allusion à la protection d'une liberté baptisée effet cliquet. Utilisée par le Conseil constitutionnel pour apporter une protection particulière à certaines catégories de libertés telle que la liberté d'association, la liberté de presse, elle consiste à taxer d'inconstitutionnelles toute loi qui au lieu de rendre plus effective l'exercice de celles-ci, aurait pour objectif d'instituer un régime de restriction. Voir décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984 sur la liberté universitaire.

⁵⁰¹DE MONTALIVET P., « Les objectifs de valeurs constitutionnelles », *Cahier du conseil constitutionnel* n°20, 2006, p. 03.

« D'autre part, à compter de l'entrée en vigueur de cette Charte et avant celle de la loi du 12 juillet 2010 mentionnée ci-dessus, aucune disposition législative n'assurait la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques prévues au premier alinéa de l'article L.541-22 du Code de l'environnement. Par conséquent, en « s'abstenant d'édicter » de telles dispositions, le législateur a, pendant cette période, méconnu les exigences de l'article 7 de la charte de l'environnement »⁵⁰².

Suite à l'analyse de cette observation, nous déduisons deux théories : l'obligation du législateur d'édicter des règles pour concrétiser les droits constitutionnels, la participation du public⁵⁰³ et la santé en l'occurrence. Ainsi, pour protéger la santé humaine, animale conformément au règlement (CE) n°1107/2009 du parlement et du Conseil du 21 octobre 2009, le législateur se trouvait dans obligation d'édicter des règles interdisant la production, le stockage et la circulation des produits phytopharmaceutiques qui sont composés des substances actives non approuvées⁵⁰⁴. A cette contrainte s'oppose celle de s'abstenir d'édicter dite « positive » qui est la nôtre. Elle désigne l'autolimitation législative ayant pour visée, d'empêcher de porter atteinte, par l'adoption d'une loi entière ou d'une disposition, à l'environnement, à la santé par ricochet ou à des droits qui la promeuvent. Ce concept se rapproche formellement de la protection dite « effet cliquet » qui interdit au législateur d'adopter de sévères mesures qui ne favorisent pas la jouissance de certaines libertés. Il est dissuasif et intervient à l'étape embryonnaire de l'adoption de loi, c'est-à-dire lors des travaux préparatoires. Il est enfin qualifiable d'une réserve positive du législateur assimilable à l'« incompétence positive » par opposition à celle négative⁵⁰⁵. Nous invitons donc à avoir en l'abstention constitutionnelle d'édicter, motivée par l'idée de ne pas enfreindre les droits notamment environnementaux, une « incompétence positive ».

Du reste, cette pratique d'abstention est multiforme. Soit elle est totale, c'est le cas dans le cadre des travaux préparatoires, l'hypothèse d'un abandon total de légiférer, fondé sur l'idée qu'une loi

⁵⁰² Décision n°2016-595 QPC du 18 novembre 2016. Société Aprochim et autres [conditions d'exercice de l'activité d'élimination des déchets] ; considérant 8.

⁵⁰³ Dans sa décision n°2011-183/184 QPC du 14 octobre 2011, Cons. 6, le Conseil constitutionnel consacrait l'obligation pour le législateur de déterminer les modalités de mise en œuvre de ce droit.

⁵⁰⁴ Rappelons que celle-ci a été consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

⁵⁰⁵ RRAPI P., « L'incompétence négative dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel*, n°34, 2012, p. 2. Voir aussi à propos GALLETI F., « existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l'incompétence négative du législateur dans la jurisprudence du conseil constitutionnel » *Revue française du droit constitutionnel*, n°58, 2004, p. 396.

en projet ne favoriserait pas la préservation environnementale et porterait par conséquent atteinte à la santé humaine ; Ou elle est partielle, dans ce cas elle consistera à la suppression dans les travaux préliminaires, d'une partie d'un texte législatif dont l'application éroderait la sauvegarde environnementale. L'applicabilité de ces théories en amont a pour raison d'éviter une censure du juge constitutionnel à l'issue d'un contrôle de constitutionnalité : toute l'œuvre législative est soit rejetée en étant qualifiée d' attentatoire au bloc de constitutionnalité, notamment à la Charte de l'environnement ou elle partiellement acceptée, s'inscrivant dans le cadre d'une réserve d'interprétation notamment constructive⁵⁰⁶.

Cette obligation du législateur détaillée, va de pair avec celle qui consiste à engager des actions de préservation de l'environnement contre ses polluants. A l'initiative des personnes physiques ou morales et mise en œuvre par l'autorité judiciaire, elle n'est pas nouvelle, mais détermine autrement le contenu de l'obligation imposée par le juge constitutionnel.

B- L'obligation d'action positive

Par action, nous entendons une mission de satisfaction des besoins des usagers qui peut s'exercer avec ou sans son consentement. Elle est employée dans plusieurs domaines d'études avec des particularités⁵⁰⁷. Nous intéresse ici, celle qui consiste à rétablir la paix sociale et maintenir l'ordre public. Il s'agit concrètement de l'action publique exercée devant une juridiction répressive pour l'application des peines à l'auteur d'une infraction. Même si elle peut être mise en mouvement par la partie civile représentée par une personne physique ou morale qu'est l'association, elle est toujours réalisée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée ». ⁵⁰⁸ Son enclenchement résulte donc de la commission d'une infraction liée à plusieurs domaines, tels que l'environnement. Autrement dit, elle peut être engagée pour mettre fin à des contraventions, des délits environnementaux. Il peut s'agir de la pollution des eaux qui a des effets sur la santé humaine : « *Le fait de jeter, déverser, laisser s'écouler dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer dans les limites des eaux territoriales directement ou indirectement une ou des substances quelconques dont l'action ou les réactions*

⁵⁰⁶ Nous faisons allusion aux différentes théories de déclaration d'inconstitutionnalité du juge constitutionnel français : elle peut être partielle ou totale. Voir FAVOREU L., « La Décision de constitutionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, n°620, p.620.

⁵⁰⁷LEBRETON G., *Droit administratif général*, Paris, édition Dalloz, 2015, p.113.

⁵⁰⁸*Lexique des termes juridiques*, Paris, édition Dalloz, 218 p. 23.

*entraiment, même provisoirement, des effets nuisibles sur la santé [...] est puni d'un emprisonnement de deux ans et de 75 mille euros d'amende.... »*⁵⁰⁹.

Il faut toutefois préciser que si le constat des infractions liées à l'environnement est en général du ressort des agents et des officiers de police judiciaire, pour des spécificités, il faut faire appel à des agents spécialisés. Par exemple pour la pollution des eaux, sont compétents les agents de l'office national de l'eau et des milieux aquatiques⁵¹⁰. A l'instar de la France nous trouvons une telle codification des infractions liées à l'environnement dans les Etats d'Afrique francophones. Ainsi en Guinée est prévue dans le Code de l'environnement, l'interdiction du déversement, de l'immersion, de l'incinération dans les eaux maritimes sous juridiction guinéenne, des substances de toute nature susceptible de porter atteinte à la santé humaine et aux ressources maritimes biologiques⁵¹¹. Conformément à cette prohibition « *est punie d'une amende de 25.000.000GF à 100.000.000GF et d'une peine d'emprisonnement de 3 à 5 ans, toute pollution des eaux maritimes sous juridiction guinéenne en infraction avec les dispositions 32, 33 et 35* »⁵¹². Le constat de ces infractions est fait par la commission du Conseil national de l'environnement qui assure la coordination des ressources en eau⁵¹³.

En France, ces constats peuvent résulter d'une plainte de l'individu provoquant une action du procureur. A côté des personnes physiques, les personnes morales de droit privé doivent en être instigatrices. C'est du moins le sens que nous prêtons à l'interpellation du juge constitutionnel soumettant toutes les personnes (physique et morale)⁵¹⁴ à une obligation de vigilance. Elle s'acquiesce par contre de l'obligation d'action qu'en ayant fait l'objet d'une personnalisation juridique et qu'elle exerce régulièrement comme activité principale, la protection

⁵⁰⁹ Article L 216-6 du code de l'environnement

⁵¹⁰ Créé par la loi sur l'eau du 30 décembre 2006 (article 213-2 et l'article 213-12-2 du code de l'environnement) c'est un établissement public évoluant sous la tutelle du ministère de l'environnement et qui a pour rôle la mise en œuvre de la politique publique de l'eau....

⁵¹¹ Article 3 de la loi de 1901

⁵¹² Article 103 du code de l'environnement de Guinée.

⁵¹³ Prévue par l'article 23, elle est confirmée par l'article 3 de la loi n°036/AL/81

⁵¹⁴ D'une personne morale de droit privé, il s'agit de l'association « *une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente, leur connaissance ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligation* ». Elle a un but extrapatrimonial qui peut être politique, culturel... etc. Une décision du Conseil constitutionnel a consacré en 1971 la liberté d'en constituer. Voir à propos ROUXEL S., PETITB., *Droit des personnes*, Grenoble, édition presse universitaire de Grenoble, 2016 p. 103. Article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association. Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971 loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

environnementale⁵¹⁵. A ce propos, la loi Barnier précise que toute décision d'intenter une action en justice est légitime pour toute association à partir du moment où une décision lui fait grief et que l'objet social est la protection de l'environnement. Le Conseil d'Etat⁵¹⁶ donne plus de détails en observant qu'il s'agit d'une mise en adéquation de l'objet social *rationae materiae* et l'objet de la décision déférée. Cette position est corroborée par la Cour d'appel de Nouméa qui se prononçait en faveur des associations se constituant en partie civile contre une société de nickel et de cobalt qui déversait de l'acide sulfurique polluant des zones maritimes et terrestres. Récusant l'argument d'irrecevabilité de la société incriminée « *la Cour d'appel soutenait, qu'aux termes de leurs statuts, ses associations ayant pour but de concourir à la protection de la nature et étant représentées en justice par leurs présidents agissant au titre de leur objet social, dès lors qu'elles se prévalent d'une pollution marine, sont parfaitement fondées à demander réparation d'un préjudice, consécutif à une pollution, entrant dans leur objet social* »⁵¹⁷.

Soulignons que cette existence juridique ouvre plus droit à des activités et des capacités d'action de nos jours sous-tendues par des textes conventionnels. Dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention d'Aarhus qui améliore la participation au processus décisionnel, les associations font valoir les intérêts environnementaux et incitent les décideurs à prendre en compte certaines considérations pour éviter plusieurs contentieux *a posteriori*. Cette aptitude est matérialisée par la possibilité pour elles de saisir la commission nationale de débat public dont elles sont une partie intégrante. Instituée par la loi Barnier de 1992 et concrètement mise en place par un décret⁵¹⁸, cet organisme indépendant⁵¹⁹ a pour but d'organiser précédemment à toute enquête

⁵¹⁵La Cour administrative de Nantes s'est en effet fondée sur le non-respect de cette dernière condition pour retirer l'agrément à la fédération départementale des chasseurs de manche : « *Le juge affirmait qu'elle n'exerçait pas à titre principal une activité de protection de l'environnement et qu'elle ne satisfait plus aux conditions posées par l'article R 252-2 du code rural pour prétendre à l'agrément* ». Cour administrative d'appel de Nantes, 2^{ème} chambre 30 décembre 2003, Association Manche nature.

⁵¹⁶ Conseil d'Etat 29 janvier 1988 arrêt « Segustero » : une association dont le statut portait sur la sauvegarde de la faune et de la flore, exerçait un recours pour excès de pouvoir pour construction d'un logement devant le tribunal de Marseille. Bien que son statut soit directement lié à la protection des sites et de l'environnement en général, le juge a estimé que la remise d'un permis de construire ne portait pas atteinte à l'intérêt des membres de l'association. Le Conseil d'Etat a pour sa part confirmé la décision indiquant que l'adéquation *rationae materiae* est la condition première de recevabilité des recours des associations de protection de l'environnement.

⁵¹⁷ C.A Nouméa, ch. Corr., 25 février 2014, n° 11/00187, JCP G2014, 557, note M. BOUTOUNNET. Pour en savoir plus, avoir LARONDE-CLERAC C., « Droit pénal de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n°4, 2014, p. 655.

⁵¹⁸ Le décret de 4 septembre 1997.

⁵¹⁹ Son indépendance a été consacrée par la loi de la démocratie du 27 juillet 2002 en lui accordant le statut d'autorité administrative indépendante. Existait longtemps de façon informelle, elle sera consacrée par la loi du 12

publique⁵²⁰, un débat sur l'opportunité, l'objectif et les caractéristiques principales des projets d'aménagement d'intérêt national ayant un impact significatif sur l'environnement⁵²¹. Outre cet aspect purement théorique, les associations s'affirment par leurs actions juridictionnelles notamment à travers la QPC qui permet un accès important à la justice, reconnu internationalement par la Convention d'Aarhus⁵²². Les associations en jouissent pour dénoncer une disposition législative qui porte atteinte à un droit fondamental prévu dans la Charte de l'environnement.

Cette implication dans la protection des droits environnementaux, des personnes morales de droit privé notamment les associations, doit être incitée dans les Etats d'Afrique francophones, par la constitutionnalisation.

Toutes ces théories suggérées à partir d'une large analyse de la création du juge constitutionnel en matière environnementale, peuvent être confortées par tant d'autres dans le cadre de la lutte constitutionnelle anti-tabagisme. Il s'agit, en appréciant l'interprétation du juge constitutionnel d'Afrique francophone sur le fondement de celle française, d'en déduire des concepts ou des théories nouvelles.

Section II - Usage des techniques d'interprétation du juge constitutionnel français par celui de l'Afrique francophone

Le juge constitutionnel d'Afrique francophone imite les techniques françaises mais il ne suit pas pleinement sa logique d'interprétation. En effet, nous remarquerons que la Cour constitutionnelle guinéenne en contrôlant la constitutionnalité du protocole de la Convention de lutte contre le tabagisme est très ambiguë du fait de l'adoption d'une sémantique qui, bien qu'étant appropriée, manque de précision. Cette ambiguïté se trouve accentuée par l'indétermination de la portée des textes constitutionnels en référence aux normes législatives qui en constituent le prolongement.

juillet 1983, dite « Bouchardeau » relative à la démocratisation enquête publique et à la protection de l'environnement.

⁵²⁰ L'enquête publique est une procédure qui se réalise avant la réalisation des grands travaux et les expropriations. C'est en ce moment qu'on annonce au public concerné l'importance du projet en cours.

⁵²¹ Le décret du 10 mai 1996 modifié par celui du 22 octobre 2002, précise les différents types d'opération susceptibles d'être concernés. Et toutes les opérations d'envergure nationale devant faire l'objet d'un débat public sont listées dans l'annexe du premier décret ayant fait l'objet d'une modification.

⁵²² Article 9 de la convention d'Aarhus relative à l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et à l'accès à la justice en matière d'environnement, signée le 25 juin 1998.

Ceci constitue un important déficit (Paragraphe I) auquel nous ajoutons l'absence de grandes orientations pouvant améliorer, voire consolider les législations susceptibles de se rapporter à la question de contrôle (le tabagisme) alors qu'elles sont déficitaires. Celles-ci pourraient porter sur la création d'organes indépendants de lutte et de protection (Paragraphe II).

Paragraphe I - L'interprétation ambiguë du juge constitutionnel guinéen dans la détermination de la nocivité du tabac

Comme toute autre, l'application en Guinée de la Convention Cadre de l'organisation mondiale de la santé et de son protocole additionnel était consécutive à un contrôle de conformité du juge constitutionnel. Celui-ci déterminait l'absence de toute discordance et le caractère très ou peu protecteur de la Constitution guinéenne d'alors. En examinant la décision qui en résulta, nous obtenons manifestement le caractère perfectible d'une interprétation conformiste. Ceci tient d'abord à l'emploi du terme « bien-être » pour présenter l'inconstitutionnalité du tabagisme alors qu'il est incomplet sans l'adjonction de l'adjectif « mental ». C'est une démarche « explicative » du juge constitutionnel guinéen que nous opposons à celle « indéfinie » de celui de la France qui use, quant à lui, « du droit à la protection de la santé » dans ces décisions liées au tabagisme, pour indiquer qu'est en cause la garantie d'un droit fondamental qui constitue aussi un objectif de valeur constitutionnelle (A). Il tient enfin du manque d'incursion dans les textes législatifs, le Code de santé publique en l'occurrence, pour étayer efficacement sa démarche (B).

A- Du caractère perfectible de l'interprétation conformiste

En contrôlant la constitutionnalité du protocole de la Convention de lutte contre le commerce illicite des produits du tabac entre les Etats parties de l'OMS signé le 12 novembre 2012 à Séoul, la Cour constitutionnelle guinéenne rend une décision de conformité se fondant sur un motif substantiel, susceptible de précisions : « *considérant que la Constitution en ses articles 15 et 23-1 porte sur la protection et le bien-être des citoyens* »⁵²³.

Par cette observation, le juge constitutionnel guinéen mettait en œuvre son rôle protecteur des droits et évoquait l'inconstitutionnalité d'une Convention incitant à toute pratique préjudiciable au bien-être donc à la santé que garantit la Constitution. Ce rôle du juge s'explique à l'inverse

⁵²³ CC Arrêt n°AC 002 du 9 janvier 2017. Cons. 8.

par la garantie de la santé indirectement consacrée par la Convention à laquelle la Constitution s'avèrerait contraire de par l'une de ses dispositions. C'est l'usage de la théorie d'interprétation conformiste du Conseil constitutionnel français qui porte sur la norme de référence, c'est-à-dire la Constitution à l'opposé de celle qui porte sur l'objet du contrôle qui est la législation ou la Convention⁵²⁴. Il interprète la Constitution ou ses dispositions pour éviter à la Convention (objet de contrôle) d'une nécessité non négligeable en l'occurrence sanitaire, une censure dommageable pour l'Etat et ses protégés. C'est la conséquence de l'usage de l'article 54, qui dans la logique d'une mise en œuvre de la supériorité de la Constitution française, consécutivement prouvée par deux arrêts des juges ordinaires⁵²⁵, dispose que « *si le Conseil constitutionnel saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le Président de l'une des assemblées ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international, comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ». Autrement dit, la révision de la Constitution qui a pour but la ratification d'une Convention utile, procède d'une tentative infructueuse du juge constitutionnel d'y identifier, directement ou par interprétation, une disposition qui concorde avec cette dernière. C'est l'expression du rôle d'élucidation de l'ambiguïté constitutionnelle qui fonde l'existence réelle du juge constitutionnel⁵²⁶. C'est du

⁵²⁴ La théorie d'interprétation constitutionnelle consistant à chercher un sens à la disposition constitutionnelle, porte soit l'objet du contrôle de constitutionnalité ou la norme de référence. A l'interne nous considérons qu'il s'agit de la loi et la constitution. Quand il porte sur la législation, le juge constitutionnel l'interprète conformément à la Constitution afin de lui éviter une censure. Il s'agit là d'un « sauvetage ». Ce procédé de sauvetage peut porter la convention, mais sur le fondement de l'interprétation conformiste de la Constitution. On évite coûte que coûte à la convention une censure, en cherchant un sens correspondant à celle-ci. Voir SAMUEL X., « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel » *site du conseil constitutionnel*, p. 15. Pour plus d'illustrations voir aussi DUFFY-MEUNIER A., « Pédagogie et interprétation du juge constitutionnel », *presse de l'université Toulouse I capitoile*, pages 185-211.

⁵²⁵ Dans l'arrêt SARRAN et LEVACHER du 30 octobre 1998, le Conseil d'Etat indique « considérant que si l'article 55 de la constitution dispose que les traités ou accord régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux disposition de nature constitutionnelle (Conseil d'Etat assemblée, du 30 octobre 1998, 200286, publié au recueil Lebon). Ce même raisonnement a été par la Cour de cassation dans l'arrêt FRAISSE du 2 juin 2000.

⁵²⁶ Michel Troper en abordait, en paraphrasait Kelsen qui souscrivait à la théorie interprétative constitutionnelle dite intermédiaire ou mixte. « *Selon cette théorie disait-il, l'interprétation est un acte de volonté par lequel l'interprète authentique choisit à l'intérieur d'un cadre entre plusieurs significations possibles, tandis que la détermination du cadre résulterait, elle, d'un acte de connaissance. Si c'est un acte de connaissance, cette connaissance porte notamment sur l'objet à interpréter, c'est-à-dire le texte de la constitution. Il n'est donc pas étonnant que Kelsen figure parmi ceux qui soulignent que la constitution contient parfois des dispositions vagues ou ambiguës. Il vise notamment les déclarations et préambules, qui laisseraient aux interprètes une marge d'appréciation particulièrement importante* ». Voir TROPER M., « Chapitre III l'interprétation constitutionnelle » *Droit et nécessité*, Paris édition presse universitaire de France, 2011 p.156. Voir aussi GUSTINI R., *lezioni di*

reste, selon nous, une opération d'interprétation de la norme de référence qui, à l'issue d'une analyse comparative est soit de type « explicative ou indéfinie ». À la première correspond l'intervention de la Cour constitutionnelle guinéenne qui, au lieu de considérer que la ratification de la Convention Cadre promouvait tout simplement « la santé »⁵²⁷, voulait être plus précise en définissant celle-ci par le « bien-être des citoyens ». Sauf que cette seconde expression, bien qu'étant appropriée, doit être affinée par l'adjonction du terme « mental ». Elle concorderait avec le protocole additionnel de la Convention cadre qui, interdisant le commerce illicite, dans le but d'atténuer le tabagisme promeut le « bien-être mental » qui « *Permet aux individus de se réaliser, de surmonter les tensions normales de la vie, d'accomplir un travail productif et de contribuer à la vie de leur communauté* »⁵²⁸.

A cette conception illustrative, s'oppose celle du juge constitutionnel français, qui bien qu'étant imprécise, est tout aussi appréciable. Il s'agit de l'expression « droit à la protection de la santé » qu'il évoque souvent, rappelant qu'il constitue un droit et un objectif de valeur constitutionnelle conciliable avec les autres droits. C'est ainsi que dans sa toute première décision relative au tabagisme, le Conseil constitutionnel français, reconnaissant la liberté d'entreprendre sur le fondement de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789, observait que celle-ci doit s'exercer dans le respect du droit à la protection de la santé⁵²⁹. Aussi, dans sa récente décision sur l'obligation de fourniture d'équipement nécessaire à l'authentification du tabac, en clarifiant les dispositions législatives, il précise cette double portée du droit à la protection sanitaire et détermine l'objet de la prohibition du commerce illicite qui est la lutte contre la fraude liée au maintien de l'ordre public⁵³⁰. Donc, pour éviter la confusion du constituant guinéen⁵³¹, l'usage

teoriacostituzionale, torino, giaplichelli, 2001, p. 123 s. L'interpretazione dei documenti normativi, milano, guiffre, 2004, p. 267.

⁵²⁷ Selon l'article 15 énuméré dans le considérant, « tout individu a droit à la santé et au bien-être physique... »

⁵²⁸ https://www.who.int/mental_health/action_plan_2013/fr/

⁵²⁹ « Considérant qu'en adoptant les disposition contestée de l'article 23, le législateur a entendu éviter que des personnes ne consommant pas de produits du tabac soient exposées à une publicité en faveur de ces produits qui pourrait les inciter à une telle consommation ; qu'il a ainsi poursuivi l'objet de protection de la santé ; que ces dispositions n'interdisent ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ; que, dans la mesure où les débits de tabac peuvent également assurer la vente d'autres produits et que leur clientèle comprend des personnes ne consommant pas, de produits du tabac, l'interdiction de la publicité en faveur de ces produits dans leurs lieux de vente qui est en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur, ne porte pas d'atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre » (décision 90-283 DC du 8 janvier 1991).

⁵³⁰ « En premier lieu en adoptant les dispositions contestées le législateur a entendu garantir l'authenticité des produits du tabac mis sur le marché pour lutter contre leur commerce illicite. D'une part, il a ainsi poursuivi les objectifs de valeur constitutionnelle de protection de la santé et de sauvegarde l'ordre public, qui inclut la lutte contre la fraude. D'autre part, la lutte contre le commerce illicite des produits du tabac n'est pas sans lien avec les

du terme « droit à la protection de la santé » apparaît adéquat pour donner un double sens à l'intervention du juge constitutionnel guinéen, tenant compte des exigences internationales. L'on pourrait ainsi imiter la formule constitutionnelle française, soutenant en lieu et place du juge constitutionnel guinéen: « considérant que le protocole de la Convention de lutte contre le commerce illicite du tabac promeut le droit à la protection de la santé, notamment le bien être mental, le législateur adoptant une loi de ratification de ce protocole, entendait protéger ce droit, s'assurer de son atteinte en tant objectif de valeur constitutionnelle et sauvegarder l'ordre public, en interdisant la fraude ».

A cette méthode d'interprétation proposée s'ajoute celle qui voudrait que les juges d'Afrique francophones, pour rendre plus crédible leurs raisonnements, se réfèrent fréquemment à d'autres textes internes constituant le développement des différentes normes constitutionnelles. Il s'agit d'une interprétation particulière que nous baptisons « par incursion ou par liaison ». Par l'analyse de la même décision et du même considérant de la Cour constitutionnelle guinéenne nous en donnerons des détails.

B- Incitation à l'interprétation par incursion ou par liaison

La Cour constitutionnelle guinéenne citait, dans son considérant, l'article 15 de la Constitution⁵³² qu'elle résumait par le bien-être. Or, en lisant entièrement cette disposition constitutionnelle nous relevons d'autres expressions plus importantes qui incitent, par nécessité à une incursion dans un autre domaine d'étude, élargissant ainsi la théorie constitutionnelle protectrice de la santé. Il s'agit du « devoir qu'a l'Etat de lutter contre les fléaux sociaux et de promouvoir la santé de chacun ».

L'expression « fléaux sociaux » se rapporte au tabagisme. Des textes de valeur législative qui promeuvent la santé publique en sont illustratifs. Le chapitre VII du Code guinéen de la santé publique prévoit en effet la prévention et la lutte contre les fléaux sociaux. L'une des dispositions

activités des entreprises qui les fabriquent et ou les importent qui ont au demeurant un intérêt à la mise en œuvre de la mission de contrôle, par l'Etat, des dispositions de sécurité apposés sur les unités de conditionnement de ces produits... » (Décision n° 2019-821 QPC du 24 janvier 2020).

⁵³¹ L'article 15 de la Constitution consacrant en même « la santé et le bien-être physique », crée une confusion. Comme nous l'avons démontré dans le chapitre précédent. C'est non seulement une répétition, laisse entrevoir une insuffisance.

⁵³² Chacun a droit à la santé et au bien-être physique. L'Etat a le devoir de les promouvoir, de lutter contre les épidémies et les fléaux sociaux.

qui le composent relate que, conformément à la loi, des mesures doivent être prises pour lutter contre les stupéfiants afin de protéger la société. Ces mesures assorties d'une conformité aux Conventions internationales⁵³³ concernent, la vente du tabac ainsi que ses produits et l'exhibition de son caractère nocif sur les emballages sous la mention « la consommation du tabac est dangereuse pour la santé ». Ce même Code renvoie également à la loi, la précision de deux particularités indéfinies. Il s'agit d'une part, de la préservation des catégories de personne notamment, les femmes, les adolescents, les personnes atteintes des maladies cardio-vasculaires et respiratoires contre les risques pernicieux de la consommation du tabac⁵³⁴ et d'autre part, de la régulation de la publicité du tabac. Bien que dérisoire par rapport aux différentes consécutions législatives françaises, ces mesures protectrices de la santé, auraient pu être de bonnes références pour le juge constitutionnel guinéen. Il s'agit concrètement pour lui de consolider ou d'illustrer son interprétation de la norme constitutionnelle par ces détails législatifs. Cela aurait été une liaison fondée sur la consolidation de la convergence entre les normes constitutionnelles et législatives qui, elle, repose essentiellement sur la protection des droits et libertés fondamentales. Cette référence corrobore enfin le rôle producteur des normes générales et abstraites qu'assure la Constitution⁵³⁵.

Cette pratique jurisprudentielle est celle du juge constitutionnel français. Dans quelques-unes de ses décisions liées à la santé, soit il conforte ses références constitutionnelles par des dispositions du Code français de santé publique ou se fonde uniquement sur ces dernières pour étayer sa démarche⁵³⁶. Cette incursion est très tôt constatable par la mention « Vu le Code de santé, Vu le Code de sécurité sociale ». Nous suggérons donc aux juges constitutionnels des Etats d'Afrique francophones cette interprétation large, en se fondant sur des textes extraconstitutionnels. Mais, il faut en revanche que ces textes de valeur législative soient plus ou moins complets et pertinents. Ainsi, en référence à la France, il nous paraît évident, même si la nécessité ne se fait

⁵³³Article 170 du code de santé publique de guinée.

⁵³⁴Article 173 du code de santé publique de guinée.

⁵³⁵« En d'autres termes, la Constitution constitue un ensemble des normes de production des normes abstraites et générales. Ce rôle résulte du fait que toutes les lois adoptées par le législateur doivent en être concordantes et ceci est vérifié par le Contrôle de constitutionnalité ou de conformité. Le juge constitutionnel en faisant référence au Code de santé publique guinéen confirme donc cette fonction. Voir FAVOUREU L., GAIA P., & *aliiop.cit.* p. 80

⁵³⁶Voir à propos la Décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016.

pas ressentir, de codifier l'interdiction la distribution et la publicité du tabac, précédemment une détermination de sa composition⁵³⁷

Enfin pour illustrer davantage cette interprétation, l'intervention de la Cour constitutionnelle peut être aménagée par une responsabilisation des pouvoirs publics, des autorités publiques, ou une incitation à l'accomplissement de leur mission. Il s'agit par exemple pour le juge constitutionnel de mentionner dans ses considérants ou d'y affirmer ne serait-ce qu'implicitement que la mission de taxation et de contrôle du flux des marchandises parmi lesquels figurent la vente du tabac, relève des services douaniers. Ceci constitue la constitutionnalisation indirecte de la prohibition de la contrebande. En d'autres termes, promouvant encore une fois l'autosaisine indirecte, le juge constitutionnel doit avoir un regard divers et sans se substituer aux pouvoirs législateur et réglementaire, préciser le rôle des autorités administratives. Ainsi, l'on peut pour apporter plus de précision au considérant de la Cour constitutionnelle guinéenne comme suit : « Considérant que le protocole de la convention de lutte contre le commerce illicite du tabac promeut le droit à la santé, le bien être mental, le législateur adoptant une loi de ratification afférente, entendait protéger ce droit... et sauvegarder l'ordre public par « l'interdiction de la contrebande », dont la mise en œuvre incombe aux services douaniers »⁵³⁸.

Cette responsabilité de précision doit, sur le fondement de cette technique d'autosaisine ou d'une transmission obligatoire, être plus appliquée, pour mieux situer le législateur dont les textes sont déficitaires. Autant en France que dans les Etats, objets de cette étude, nous apporterons dans les lignes qui suivent de possibles amendements afférents.

⁵³⁷ Voir article L 3511-1 et suite du code de santé publique de la France.

⁵³⁸ La contrebande s'inscrit dans le commerce illicite, son interdiction contribue à la mise en œuvre du protocole de la convention cadre de l'OMS. Aux termes de l'article 424 de code douane la *contrebande s'entend des importations et exportations en dehors des bureaux de douane ainsi que toute violation légales ou réglementaires relative à la détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier..... »*

Paragraphe II - Une nécessité d'intervention du juge constitutionnel pour combler la carence législative liée au tabagisme

La lutte contre le tabagisme officiellement déclenchée par la Convention cadre de l'OMS a impacté la plupart des Etats d'Afrique francophones comme la Guinée, le Bénin et le Sénégal où des lois y afférentes ont été adoptées. Quelques dispositions de ces textes législatifs liées à la protection des mineurs sont susceptibles de critiques de constitutionnalité et d'amendements : autant en France que dans deux de ces Etats d'Afrique francophones, le constat pertinent que l'on puisse faire est l'absence de sanction de la fourniture de tabac à un mineur (A). Les juridictions constitutionnelles devaient soit directement ou par ricochet (par autosaisine) en inciter la création d'organes et de programmes importants dont l'exécution pourrait être étendue sur plusieurs années (B).

A- Des législations perfectibles qui protègent la santé des mineurs contre le tabagisme

La protection sanitaire des mineurs est une préoccupation universelle⁵³⁹. La France en fait une distinction constitutionnelle⁵⁴⁰. Cette spécificité transposable doit transparaître dans les actions des pouvoirs publics liées notamment à la vente, l'achat et la consommation du tabac. Ainsi, la législation sénégalaise interdit aux mineurs la consommation du tabac. Cette prohibition est étendue sur la vente ou l'offre au mineur et sur l'action de faire vendre ou offrir par les mineurs du tabac ou tout produit du tabac⁵⁴¹. Au Bénin, cette interdiction est déductible des sanctions pénales : « *que tout vendeur surpris en violation de l'interdiction de vendre du tabac, ses dérivés et assimilés sur les mêmes étalages que les confiseries, jouets ou autres objets attrayant pour enfants est passible d'une amende de cinquante mille à cent mille franc CFA* »⁵⁴². Contrairement aux législateurs de ces deux Etats, celui de la Guinée est resté silencieux. On relève donc un vide juridique. En la matière, le renvoi effectué par le Code de santé publique au règlement demeure

⁵³⁹ Article 24 de la Convention internationale des droits de l'enfant et article 25 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁵⁴⁰ Alinéa 1 du préambule de la constitution française de 1946 : « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant.....* »

⁵⁴¹ Article 15 de la loi n°2014/14 du 28 mars 2014 relative à la fabrication, le conditionnement, à l'étiquetage à la vente du tabac.

⁵⁴² Article 33 de la loi n°2017-27 du 18 décembre 2017 relative à la fabrication, le conditionnement, à l'étiquetage à la vente du tabac.

dérisoire⁵⁴³. Il indique que des mesures réglementaires sont prises pour mettre en garde certains groupes de personne, notamment les femmes enceintes, les adolescents ainsi que les personnes atteintes d'affections cardio-vasculaires, respiratoires, contre les risques de la consommation du tabac. L'on pourrait dire que le Code fait allusion aux enfants en mentionnant les adolescents, mais il reste que des précisions doivent être données par une loi spécifique, préférable aux actes réglementaires qui n'ont, d'ailleurs, jamais existé.

Le législateur français se montre plus ou moins habile, dans ce cadre. En effet, aux termes de l'article 3511-2-1 du Code de santé publique « *il est interdit de vendre ou d'offrir gratuitement, dans les débits de tabac et tous commerces ou lieux publics à des mineurs de moins de 18 ans : des produits du tabacs ou ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article 3511-1 ; des dispositifs électroniques de vapotage ou des flacons de recharge qui leur sont associés. La personne qui délivre l'un de ces produits exige du client la preuve de sa majorité* ».

L'exigence d'une preuve de majorité faite aux clients dans cette disposition est une distinction remarquable. Celle-ci est en revanche érodée par l'absence d'une prohibition du concours de vente que nous relevons de la législation sénégalaise. Il s'agit pour un mineur qui, par ruse, sollicite le concours d'un majeur afin de se procurer du tabac ou tout produit dérivé. En clair nous opposons le refus de vente qui concerne l'individu qui en a le soupçon et doit délivrer, au refus d'achat qui concerne la personne dont le concours est sollicité. Difficilement perceptible, cette complicité est envisageable et sa possible pénalisation dissuasive est constitutionnellement justifiable⁵⁴⁴. Ce refus de concours peut être qualifié d'une abstention protectrice de la santé d'autrui. Elle s'oppose à l'assistance délictueuse qui consiste à accepter le concours à la finalité pernicieuse. C'est par ricochet le prolongement de la logique du juge constitutionnel confirmant l'interdiction de la publicité du tabac sur le fondement du droit à la protection de la santé⁵⁴⁵. C'est-à-dire que la publicité bien qu'étant l'œuvre d'une personne morale peut être perçue comme l'assistance ou le concours apporté à une autre pour l'exercice d'une liberté à la finalité

⁵⁴³ Article 173 du code de santé publique de Guinée.

⁵⁴⁴ Nous nous trouvons dans la logique constitutionnelle d'éviter ou de prévenir des actions nuisibles à la société ou aux individus qui la composent. L'interdiction d'assister un ou des mineurs à se procurer chez un vendeur du tabac ou des produits dérivés pourrait s'inscrire dans la logique de contraindre de faire ce que la loi ordonne. Nous faisons concrètement allusion à l'article 5 de la déclaration française des droits de l'homme que nous interprétons dans un sens contraire : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

⁵⁴⁵ Décision 90-283 DC du 8 janvier 1991.

dégradante. Ces rapports inconstitutionnels fondés sur l'atteinte à la santé sont enfin consolidés par l'interdiction législative d'offrir et de distribuer gratuitement du tabac, prévue à l'article 22 déclaré conforme à la Constitution⁵⁴⁶.

Cette restriction constitue une mise en œuvre de l'obligation de « protéger les enfants contre la consommation des stupéfiants, des substances psychotropes, leur utilisation dans la production et la diffusion de telles substances », que la Convention internationale des droits de l'enfant exige des Etats.⁵⁴⁷ En d'autres termes, l'une des traductions de cette obligation étatique, est la prohibition de l'assistance qu'une personne majeure apporterait à un mineur afin de se procurer du tabac. Celle-ci s'étend sur la dissimulation de sa vraie identité pour lui faire faire des activités de production industrielle du tabac et ses dérivés, et ce même s'il s'avère qu'il en a, en toute liberté, exprimer son consentement ou l'a souhaité. D'ailleurs, nous pouvons évoquer, dans ce contexte le fait que cette même Convention internationale des droits de l'enfant, autorise les Etats de restreindre leur liberté d'expression pour des raisons sanitaires ou le respect de l'ordre public⁵⁴⁸ : il s'agit d'une restriction ayant pour objet de protéger l'individu, mineur, contre lui-même en ce sens qu'elle prévient les conséquences sanitaires de l'activité qu'il sollicite. Elle promeut aussi la préservation de l'environnement favorable à la santé publique, puisque la consommation de tabac est interdite dans l'espace public. Dans ce cadre, la Cour européenne des droits de l'homme a dénoncé l'irresponsabilité de l'Etat de la Roumanie qui avait fait partager une cellule et une salle d'hôpital, par un détenu souffrant d'une hépatite chronique et d'une hypertension artérielle avec tant d'autres qui fumaient. Celui-ci a dû supporter ce tabagisme pendant trois ans alors que la loi interdisait depuis 2002, de fumer dans les hôpitaux et les tribunaux nationaux. La Cour a donc considéré que les conditions de détention endurées par le requérant avaient atteint un seuil de gravité qui équivalait à la violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁵⁴⁹. En dépit du fait que cette

⁵⁴⁶ Décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, loi de modernisation de notre système de santé.

⁵⁴⁷ Article 33 de la convention internationale des droits de l'enfant.

⁵⁴⁸ Article 13 « l'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toutes espèces sans considération des frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique ou par tout autre moyen du choix de l'enfant. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont prescrites par la loi et sont nécessaires : au respect des droits ou de la réputation d'autrui ; ou à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé, ou de la moralité publique ».

⁵⁴⁹ FIOREA c. Roumanie, 14 septembre 2010, tabagisme passif en détention.

affaire ne soit pas directement liée à la consommation du tabac par le mineur, elle démontre qu'une pollution environnementale est préjudiciable à la santé publique.

La disposition législative française amendée comme nous l'avons précédemment proposée, est tout aussi appropriée pour les Etats d'Afrique qui seraient déficitaires sur ce point. Celle-ci devra en revanche être consolidée par une action auprès des juges constitutionnels.

B- L'action des juges constitutionnels indispensables à l'application des législations

Certaines décisions du juge constitutionnel français méritent un usage répétitif vu leur portée et les interprétations multiples dont elles peuvent être susceptibles. Dans cette logique, celle liée à l'environnement est d'une utilité pérenne. En imposant une obligation de vigilance aux personnes, aux pouvoirs publics et aux autorités administratives⁵⁵⁰, le Conseil constitutionnel indique implicitement qu'il demeure l'institution juridictionnelle qui assure la régulation de leurs activités respectives⁵⁵¹. On peut en déduire que cette intervention autorise par ricochet la nécessité impérieuse d'adopter à l'avenir des mesures, telle que la création des organes protecteurs des droits. Dans le cadre de la protection sanitaire des mineurs contre les risques du tabagisme qui ont trait à l'environnement, une telle injonction résultant d'une interprétation jurisprudentielle peut servir la France mais encore plus les Etats d'Afrique francophones. En d'autres termes, les juges constitutionnels de ces différents Etats à l'instar de la France, gagneraient plus en déduisant de l'analyse d'une ou des dispositions constitutionnelles la création des organes administratifs nécessaires pour la protection des mineurs. D'ailleurs, l'une des dispositions de la Constitution béninoise qui qualifie la Cour constitutionnelle d'organe de régulation des pouvoirs publics peut être analysée à cet effet. Il s'agit pour elle, en cette qualité,

⁵⁵⁰ Considérant que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. Que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'imposent non seulement aux pouvoirs public et autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif, mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourrait résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénature la portée Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

⁵⁵¹ Il s'agit une nouvelle de la contradiction de son revirement jurisprudentiel, selon lequel, il est un organe de contrôle de constitutionnalité et protection des droits (Décision n°92 313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht).

d'instruire directement suite à un contrôle ou indirectement par auto-saisine, l'institution de toute structure indispensable à la sauvegarde des droits notamment sanitaires.

Nous pouvons une dernière fois analyser le considérant de la Cour constitutionnelle guinéenne pour en donner un exemple : « considérant que la Constitution en son articles 15 porte sur le droit à la santé, à l'instar de la Cour constitutionnelle, les pouvoirs publics ainsi que les autorités administratives devront impérativement prendre toutes les mesures légales pour atteindre cet objectif, respecter ce droit, soit-il contre le tabagisme ou d'autres actes susceptibles d'y porter atteinte »⁵⁵².

De cette observation illustrative qui exige la sauvegarde de la santé par l'adoption des mesures, nous pouvons déduire d'une part, la création d'un ou des organes chargés d'appliquer les lois liées à la consommation, à la vente, au conditionnement, à la fabrication du tabac et ses produits dérivés et d'autre part, l'institution des programmes d'action qui s'y rapportent. Ainsi, nous y rattachons l'institution au Sénégal, à l'image de la France, d'un programme national de lutte contre le tabagisme étendu sur une longue période. Différent de celui de la France, ce programme a pour mission « *de préparer de mettre œuvre le plan stratégique du département de lutte contre le tabagisme. Veiller à l'application des textes législatifs et réglementaires relatifs à la lutte contre le tabagisme. Promouvoir par tous les moyens la lutte contre le tabagisme. Assurer l'information, la sensibilisation, la communication en matière de lutte le tabac. Assurer le secrétariat permanent du comité national de lutte contre le tabac* »⁵⁵³. Cependant, cette initiative aussi appréciable qu'elle soit, n'est pas exempte de critiques parce qu'elle ne prévoit visiblement pas d'activités liées à la protection des enfants ou à leur dissuasion à l'addiction au tabac.

En France, le programme national de lutte contre le tabagisme en cours (2018-2022) privilégie parmi plusieurs axes d'intervention, la protection des enfants et empêche l'entrée en tabagisme⁵⁵⁴. Il s'agit d'une autre mise en œuvre de la protection des personnes vulnérables dépourvues de lucidité contre les risques du tabagisme. En dépit du fait que cette initiative du Sénégal soit perfectible, elle doit être louée par rapport à la Guinée et au Bénin, qui font juste de

⁵⁵² CC Arrêt n°AC 002 du 9 janvier 2017.

⁵⁵³ <http://www.sante.gouv.sn/programmes-et-projets/programme-national-de-lutte-contre-le-tabac-pnlt>

⁵⁵⁴ Programme national de lutte contre le tabac 2018-2022, conduite par le ministère français de la solidarité et de santé publique. https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/180702-pnlt_def.pdf

la lutte contre le tabagisme une partie intégrante d'un vaste programme de lutte contre les maladies non transmissibles⁵⁵⁵. De plus, dans cette prévision générale aucune allusion n'est faite à la santé des mineurs contre le tabagisme. Il est d'une nécessité impérieuse pour ces Etats, à l'instar de la France, de créer des programmes et organes spécifiques de protection contre les risques du tabagisme en privilégiant la situation des mineurs. Cette initiative pourra être complétée par l'incitation à la création des associations de lutte contre ce fléau social et les conséquences de sa consommation comme la pollution de l'environnement sur le fondement du droit à un environnement sain.

En somme, en référence aux jurisprudences constitutionnelles françaises, nous démontrons la possibilité pour les juges constitutionnels des Etats d'Afrique francophone, de s'employer à donner une portée plus étendue aux textes constitutionnels et en déduire de nouveaux concepts. Ceci pourrait être certainement plus commode avec la création de nouveaux mécanismes propres à la garantie de la santé, qui est l'apanage du constituant.

⁵⁵⁵Programme national de lutte contre les maladies non transmissibles en Guinée :https://www.iccp-portal.org/system/files/plans/GIN_B3_PROGRAMME%20NATIONAL%20MNT%20GUINEE%202011-15.pdf, programme national de lutte contre les maladies non transmissibles au Bénin :https://www.who.int/ncds/surveillance/steps/Benin_2015_STEPS_Report_FR.pdf.

Chapitre II - Les mécanismes de protection constitutionnelle au service des droits sanitaires

La saisine du Conseil constitutionnel français instituée par l'article 61-1⁵⁵⁶ de la Constitution de 1958 est à promouvoir. Elle a dernièrement incité à une constitutionnalisation jurisprudentielle du droit à l'honoraire médical, un élément important du droit à la protection de la santé dont l'encadrement (par conventionnalisation et par exigence du principe de tact et mesure) prévient l'anarchie et promeut l'accessibilité financière aux soins⁵⁵⁷. De cette consécration qui élargit les éléments de référence du constitutionnalisme français, nous croyons pouvoir nous en prévaloir pour porter un regard critique sur la rétribution médicale en Afrique francophone. Nous ne perfectionnons donc pas ici des jurisprudences constitutionnelles de l'Afrique francophone en nous reportant à celles de la France, mais institutionnalisons et encadrons constitutionnellement le droit à l'honoraire médical en Guinée, au Bénin ainsi qu'au Sénégal, en considération d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Donc d'une interpellation jurisprudentielle notamment constitutionnelle, nous tentons avec optimisme une rationalisation de la jouissance de ce droit des professionnels de la santé, profitable aux usagers du service public sanitaire. Il s'agira, dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles françaises et des Etats d'Afrique francophones sus-énumérés, de confondre ce droit d'une part, « aux moyens d'existence convenables » perçus par des personnes exerçant une activité notamment médicale et de l'autre, à une « juste rémunération » en contrepartie d'un service fait à l'immédiat ou d'une longue prestation (Section I). Cette exégèse pourrait être valorisée par l'institution d'un mécanisme de saisine à cheval entre la nouveauté béninoise c'est-à-dire l'action populaire et la question prioritaire de constitutionnalité, qui sera destinée à l'invocation de ce droit et la dénonciation de sa jouissance abusive. Cette création trouverait d'ailleurs plus de justifications dans des comportements incriminables des médecins, tel que le viol (Section II).

⁵⁵⁶ 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.

⁵⁵⁷ Décision n°2019-792 QPC du 21 juin 2019 dépassement d'honoraire dans le cadre de l'activité libérale des praticiens des établissements publics de santé.

Section I - Constitutionnalisation du droit à l'honoraire médical, résultant de la mise en œuvre de la QPC

Résultant d'une saisine en application de l'article 61-1 de la Constitution, la décision du Conseil constitutionnel français relative au dépassement d'honoraire, revêt à l'instar de la plupart des autres, un intérêt particulier, celui de la protection des droits, l'honoraire médical en l'occurrence. En France ainsi qu'en Afrique francophone, voire dans les Etats du monde qui ont un minimum d'organisation administrative notamment hospitalière, ce dernier est une rétribution qui constitue la contrepartie d'un service fait ou d'une prestation. A l'instar de plusieurs notions juridiques, elle a une origine constitutionnelle. La sienne résulterait de l'estimation des implications financières de la jouissance du droit au travail et de la liberté d'entreprendre (Paragraphe I). Toutefois, la jouissance de ce droit médical, régie en France par une convention nationale ainsi que par le « principe de tact et mesure »⁵⁵⁸, doit inspirer l'Afrique francophone pour remédier à l'exercice d'une liberté tarifaire au détriment de l'accès aux soins. Ceci constituerait un début de protection sociale axée sur les soins médicaux (Paragraphe II).

Paragraphe I - Constitutions et droit à l'honoraire médical

Autant la Constitution française de 1958 consacre des institutions républicaines, en détermine les attributions respectives, elle prévoit des droits parmi lesquels peuvent être distingués des moyens d'existence perçus comme la contrepartie d'une prestation dans la profession médicale : il s'agit concrètement d'une rémunération perçue suite à l'exercice d'un emploi dont la garantie constitue une obligation de moyens pour l'Etat. Il est de même question de la perception des fruits d'une activité entrepreneuriale, celle d'un cabinet médical en l'occurrence (A). Cette exégèse pourrait être faite dans le constitutionnalisme guinéen, béninois et sénégalais en y ajoutant l'appréhension d'une « juste rémunération » qui constitue une spécificité de ce dernier, donc une distinction avec celui de la France. Celle-ci, consacrée par la norme constitutionnelle béninoise, voudrait que toute activité résultant d'un contrat bénéficie d'une rémunération qui lui correspond (B).

⁵⁵⁸ Article 4127-53 du Code de santé publique français.

A- La Constitution française et le droit à l'honoraire médical

Méthodologiquement il faut se permettre un exercice de définition nécessaire à toute démarche interprétative. « L'honoraire constituent une rétribution des services rendus par les membres des professions libérales (médecin, architectes par exemple) et parmi eux de certains auxiliaires de justice dont le montant n'est pas tarifé. C'est le cas des avocats pour leur plaidoirie »⁵⁵⁹. Il s'oppose au salaire qui est une rémunération versée par un employeur à son salarié en rétribution de ses services⁵⁶⁰. Ces deux catégories trouvent leurs origines dans la Constitution française qui a cours. Elles découlent d'une double analyse du droit au travail et d'entreprendre.

En effet, prévu par l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le droit à l'emploi impose à l'Etat une obligation de moyens⁵⁶¹. L'individu ne peut l'invoquer pour exiger de l'Etat une activité professionnelle rémunérée. Il ne s'agit donc pas d'une obligation de résultat mais d'une orientation du législateur dépourvue d'un caractère contraignant⁵⁶². Il s'agit en outre, pour l'Etat de créer toutes les conditions nécessaires afin de faciliter aux individus l'obtention d'un emploi. Le Conseil constitutionnel confirme cette perception en le consacrant comme un objectif de valeur constitutionnelle⁵⁶³. Dernièrement la Cour de cassation a indiqué qu'il ne constitue pas une liberté fondamentale qui peut justifier la poursuite du contrat de travail au-delà du terme de la mission de travail temporaire en cas d'action de requalification en contrat à durée indéterminée. Qu'il s'agit plutôt d'un droit-créance conciliable avec d'autres droits ou principes constitutionnels, tels que la liberté d'entreprendre qui fonde, pour l'employeur, le droit de recruter librement ou de licencier un salarié⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹Lexiques des termes juridiques Paris édition 2018, p. 369.

⁵⁶⁰ Il constitue la contrepartie nécessaire de la relation de travail. Le versement du salaire ne peut être aléatoire et ne peut donc être mis en participation (Chambre sociale, 16 septembre 2009, pourvoi n°08-41191, BICC n°716 du 15 février 2010 et Legifrance.

⁵⁶¹Ce sens est au préalable déduit des débats qui ont précédé l'adoption de la constitution de 1946. Voir journal officiel, les débats de l'Assemblée nationale constituante 29 août 1946, p.3370.

⁵⁶²VEDEL G., RIVERO J., « Les principes économiques sociaux de la constitution : Le préambule », *Collection droit social*, vol XXI, 1980, p.109.

⁵⁶³Considérant 4 : « considérant qu'en vertu de l'article 34 de loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et garantissent les principes fondamentaux du travail ; qu'à ce titre, il lui appartient de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce au plus grand nombre possible d'intéresser, qu'ainsi sans violer aucun principe ou règles de valeur constitutionnelle, la loi soumise à l'examen du conseil constitutionnel a pu, dans son article 8, poser des règles interdisant le cumul d'une pension et d'une activité salariée, dans le cas où il est autorisé, donne lieu à une contribution de solidarité saisie sur salaire ». Décision 83-186 DC du 28 MAI 1983 loi portant diverses mesures aux prestations de vieilles.

⁵⁶⁴ Arrêt Chambre sociale du 21 septembre 2017, n°16-20270.

Si ce droit est d'une exigence moins pesante pour l'Etat, sa jouissance résultant des conditions qu'il crée, fait naître une contrainte, celle d'assurer par le pouvoir législatif, une rétribution. Il s'agit concrètement de l'exigence constitutionnelle d'assurer aux personnes valides, des moyens d'existence convenables par l'octroi des emplois décents. S'y oppose l'obligation d'accorder à « tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, des moyens d'existence convenables »⁵⁶⁵. A ce propos le Conseil constitutionnel a estimé « qu'il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre, qu'il s'agisse des prestations d'assurance maladie, d'assurance vieillesse ou prestations familiales ». Dans la même logique, il a notamment indiqué que l'exigence constitutionnelle qui découle de cette disposition nécessite « la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur de la famille ; qu'il est cependant loisible au législateur pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités d'aide aux familles qui lui paraissent appropriées »⁵⁶⁶. Il a enfin considéré que ces exigences constitutionnelles imposent au législateur ainsi qu'aux autorités réglementaires la mise en œuvre d'une politique de solidarité en faveur des salariés et que le législateur pouvait, pour réaliser cette exigence, choisir des modalités concrètes qui lui paraissent appropriées⁵⁶⁷.

Dans le sens de la toute première exigence, l'exercice d'une profession que procure l'Etat ou l'entreprise, génère une obligation de rémunération dont les pouvoirs législatifs et réglementaires veillent à l'observation. Nous en déduisons la rétribution (salaire) du personnel qui exerce des activités dans des établissements publics hospitaliers. Elles figurent parmi les principaux droits des fonctionnaires reconnus par des législations. Ainsi, la loi du 13 juillet 1983 dispose que « Les fonctionnaires après service fait, ont droit à une rémunération comprenant l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif et réglementaire. Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels dans agents ainsi que des résultats collectifs des services... »⁵⁶⁸. Le Code de travail dispose aussi que « La rémunération des salariés est mensuelle et indépendante pour un

⁵⁶⁵Aliéna 11 du préambule de la constitution de 1946.

⁵⁶⁶Décision 97-393 DC du 18 décembre 1997, loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

⁵⁶⁷Décision 2003-483 DC du 14 Aout 2003, loi portant réforme des retraites.

⁵⁶⁸Article 20.

horaire de travail effectif déterminé, du nombre de jours travaillés dans le mois...le paiement de la rémunération est effectué une fois par mois. Un acompte correspondant, pour une quinzaine, à la moitié de la rémunération mensuelle, est versée au salarié qui en fait la demande »⁵⁶⁹.

Par ailleurs, la consécration du droit à l'honoraire médical procède de l'exercice de la liberté d'entreprendre. Appréhendée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme un objectif de valeur constitutionnelle, elle doit être conciliée avec l'intérêt général⁵⁷⁰. Elle a deux aspects souvent rappelés dans la jurisprudence constitutionnelle : d'une part, la liberté d'établissement en vertu duquel chacun peut créer une entreprise et initier une activité économique de son choix, d'autre part, la liberté d'exercice qui permet à l'entrepreneur de gérer son entreprise comme il l'entend et l'exploite à sa guise. Dans l'économie du marché français basée sur une vision libérale, cette liberté est très importante⁵⁷¹. Selon Denys de Bechillon⁵⁷² « elle protège avant tout l'autonomie des entrepreneurs, leur aptitude à effectuer eux-mêmes les choix de gestion, de stratégie et de gouvernance qu'ils jugent bons. Le droit offert à chacun d'entreprendre librement se comprend avant tout comme une latitude d'autodétermination, pour ne pas dire une souveraineté. »

Eu égard à ces caractéristiques, nous estimons que la jouissance de cette liberté se réalise par l'exercice de la médecine libérale ou privée dont les conditions d'exercice sont particulièrement différentes de celles du public. Sur la base d'une convention⁵⁷³ les activités y afférentes sont étroitement soumises au contrôle de la sécurité sociale. Ce contrôle de nature économique est exercé sur les rémunérations perçues de ces activités entrepreneuriales. Par opposition à celle des centres publics hospitaliers, elles constituent des honoraires payés à l'acte à l'opposé du salariat. Nous en déduisons que la jouissance de la liberté d'entreprendre consacrée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la déclaration française des droits de l'homme de 1789, fait naître le droit à l'honoraire médical. Et si l'exercice d'une liberté de nature économique, la médecine libérale en l'occurrence, est reconnu par le juge constitutionnel, alors la perception

⁵⁶⁹ Article 3242-1 du code de travail

⁵⁷⁰ Décision n°82-132 DC du 16 janvier 1982 loi de nationalisation.

⁵⁷¹ AUDUBERT V., « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *Revue du centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux*, n°18, 2020, p. 2.

⁵⁷² DE BEHCILLON D., « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°49, octobre 2015, p.7.

⁵⁷³ Voir différentes conventions nationales organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie, ainsi que les avenant n°1 à 7.

d'un moyen d'existence c'est à dire l'honoraire, qui en constitue la conséquence, a par déduction une valeur constitutionnelle. C'est cette consécration qu'il a d'ailleurs faite, par ricochet, en validant le dépassement d'honoraires dans le cadre de l'activité des praticiens publics de santé⁵⁷⁴.

Contrairement à la France, de l'interprétation de quelques dispositions constitutionnelles, nous pouvons déduire la consécration indirecte de l'honoraire médical en Afrique francophone.

B- La constitutionnalisation du droit à l'honoraire en Afrique francophone

De l'analyse de quelques dispositions constitutionnelles d'Afrique francophone est déductible la consécration normative de la rémunération de l'exercice de la profession médicale. Elle est presque identique à celle française précédemment exposée.

En effet, la Constitution guinéenne dispose que « *le droit au travail est reconnu à tous et l'Etat crée les conditions nécessaires de son exercice* »⁵⁷⁵. Celle du Benin dispose que « *l'Etat reconnaît à tous les citoyens le droit au travail et s'efforce de créer les conditions qui rendent la jouissance de ce droit effective et garantissent au travailleur la juste rétribution de ses services et de sa production* »⁵⁷⁶. La Constitution sénégalaise elle, de façon concise indique que « Chacun a le droit de travailler et de prétendre à un emploi ».

En référence au constitutionnalisme français, « *Le droit au travail et la création des conditions de son exercice* » mentionnés ci-dessus, est une obligation de moyen. En revanche, comme nous l'évoquions, la jouissance de ce droit que permettent ou concrétisent l'Etat ou les entreprises, met à leurs charge une obligation de résultat, qui est celle de verser une rémunération. Ceci est prévu par les Codes de travail et les Statuts généraux de la fonction publique qui disposent que « *le salaire est la contrepartie du travail fourni* »⁵⁷⁷, « *tout fonctionnaire après service fait, a une*

⁵⁷⁴Décision n°2019-792 QPC du 21 juin 2019 dépassement d'honoraire dans le cadre de l'activité libérale des praticiens des établissements publics de santé.

⁵⁷⁵ Article 30

⁵⁷⁶ Article 20

⁵⁷⁷Article 209 du code de travail béninois.

rémunération comprenant le traitement et le cas échéant, les avantages et accessoires en espèce ou en nature »⁵⁷⁸.

Outre cette similitude, nous relevons une particularité de cette consécration basée sur les expressions « *juste rétribution des services et productions* » mentionnées par la Constitution béninoise⁵⁷⁹. Il s'agit de la rémunération du service public ou du privé. C'est un ensemble dans lequel nous identifions les honoraires des professionnels de santé. Contrairement à la France cette consécration est plus appréciable parce qu'elle interdit toute discrimination et exige un équilibre entre la rémunération et le travail ou la prestation. Le législateur béninois le condense par un principe « *à égal travail, égal salaire* » prévu par le Code du travail⁵⁸⁰.

Ce principe prend sa source dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui dispose que « *tout individu a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes, à la protection contre le chômage. Tous ont droit sans aucune discrimination à un salaire égal pour un travail égal* »⁵⁸¹. Il voudrait que deux salariés n'ayant aucune distinction objective, qui font le même travail, ont la même ancienneté, une formation et qualification similaire, perçoivent le même salaire. Il évoque en quelque sorte la justesse des décisions de l'employeur à l'égard de son employé. Celui-ci dans l'exécution de son pouvoir de direction ne peut prendre que des décisions fondées sur des éléments justifiables en cas de contestation⁵⁸². Nous le retrouvons vaguement dans le préambule de la Constitution française de 1946 aux termes duquel « *la loi garantie à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes* »⁵⁸³ et « *nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de son origine de ses opinions ou de ses croyances* »⁵⁸⁴. Le législateur l'a depuis très longtemps énoncé dans ses mesures qui avaient pour objet de protéger les catégories défavorisées sur le fondement

⁵⁷⁸ Article 70 du statut général de la fonction publique. Voir aussi article 67 du statut général de la fonction publique béninois.

⁵⁷⁹ Article 25

⁵⁸⁰ L'article 208 de ce code dispose : « à travail égal, salaire égal pour tous les travailleurs quels que soient leur origine, leur sexe, leur âge, leur statut, leur confession, dans les conditions prévues au présent code ».

⁵⁸¹ Article de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁵⁸² C'est ainsi que les seuls arguments basés sur la médiocrité du travail du salarié ont été jugés insuffisants par la Cour de cassation. Cour de cassation, chambre sociale, 26 novembre 2002, 00-42. 401, publié au bulletin. Il faut ajouter que l'égalité de rémunération concerne non seulement le salaire, mais aussi les avantages annexes liés à l'appartenance de l'entreprise. On distingue ainsi l'accès au ticket restaurant (Cour de cassation, civile, chambre sociale, 20 février 2008, 05-45. 601, publié au bulletin), aux indemnités de chauffage (Cour de cassation chambre sociale du 3 mars 1998, 95-43. 274, publié au bulletin).

⁵⁸³ Alinéa 3 du préambule

⁵⁸⁴ Alinéa 5 du préambule

de la non-discrimination. Ainsi, on peut remarquer dans le Code de travail de 1956, la prohibition de toute discrimination dans la carrière et des salariés mandatés⁵⁸⁵. On peut aussi le relever dans le Code du travail de 1973 qui consacrait l'égalité des rémunérations pour un travail de valeur égale, liée aux hommes et femmes⁵⁸⁶. Jusqu'à nos jours ce principe « *à salaire égal, travail égal* » n'est pas clairement déterminé par le Code du travail.⁵⁸⁷ Malgré cette imperfection législative le juge constitutionnel a quand même rendu une décision qui taxait d'inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes⁵⁸⁸.

Ces différentes consécutions constitutionnelles de l'honoraire médical en Afrique francophone n'assurent pas pour autant sa jouissance adéquate. Celle-ci doit être régularisée en référence à la pratique française.

Paragraphe II - La régularisation de la jouissance du droit à l'honoraire en Afrique francophone en référence à celle de la France

La critique de l'accès aux soins en Afrique francophone est restreinte à la garantie des droits liés au corps humain tels que le respect de la dignité de la personne humaine et du consentement. Elle fait l'impasse sur l'accessibilité financière des services publics sanitaires, de laquelle relève la détermination de l'honoraire médical qui est controversée et abusive du fait de la perception d'une liberté tarifaire : les médecins fixent librement des honoraires après une consultation et perçoivent mensuellement des salaires (A). Quand bien même, ce laxisme et ce déséquilibre se justifient par l'insuffisance de ces ressources financières perçues ils nécessitent ne serait-ce que pour les citoyens les plus démunis ou pour la prise compte de leur capacité financière, une révision par l'adoption des conventions ou d'autres actes à l'image de la France. Ceci pourrait résulter d'une réforme constitutionnelle (B).

⁵⁸⁵ Article 412-2 du code de travail relatif à la protection des salariés exerçant une activité syndicale.

⁵⁸⁶ Article L 140-2 du code de travail.

⁵⁸⁷ Il est accessoirement énoncé dans le code de travail à l'article L 133-5 codifié de nouveau par les articles L.2261-22 et R 2261-1 et L 136-2 devenu L 2271-1 du code de travail.

⁵⁸⁸ Décision n°2006-533 DC du 16 mars 2006, loi relative à l'égalité salariale entre l'homme et la femme.

A- La jouissance controversée du droit à l'honoraire

La rémunération des professionnels de santé en France est à l'acte et par l'intermédiaire du salariat. La première est perçue par des médecins libéraux après une consultation et la seconde par les praticiens dans des centres publics hospitaliers⁵⁸⁹. A l'opposé de la France, on remarque dans des Etats d'Afrique francophones que la jouissance de ce droit prête à controverse ou est plutôt abusive. Les professionnels de santé du secteur privé ainsi que ceux du public, qu'ils soient généralistes ou spécialistes perçoivent en plus du salaire mensuel (fixé sur la base des indices), une rémunération après consultation ou exécution d'une intervention chirurgicale, donc à l'acte. Il s'agit alors d'une double rémunération pour l'exercice d'une seule activité. C'est un déséquilibre entre l'activité et le salaire. Elle contraste avec la consécration constitutionnelle béninoise, notamment l'expression « *juste rémunération* ». Celle-ci, en plus d'indiquer l'équivalence de la rétribution d'un employé à celle d'un autre, qui exerce la même activité que lui⁵⁹⁰, signifie l'équilibre entre la prestation ou le service et le salaire ou l'honoraire médical. Il s'agit plus exactement de la proportionnalité du travail et du temps de travail effectif à la rémunération. Mais l'on ne peut ni dans les statuts généraux de la fonction publique⁵⁹¹ ni dans les Codes de travail⁵⁹² de ces Etats d'Afrique francophones relever cela. Cette appréciation aurait pu être faite si le travail effectué était évalué à l'heure et qu'une rémunération en soit fixée.

A cette perception abusive s'ajoute la libre fixation des tarifs de consultation, considérée comme une catégorie d'honoraire médical. Celui-ci devait être uniformisé et fixé eu égard aux conditions de vie des patients, financièrement vulnérables, ce qui promeut le droit au respect de la dignité consacrée dans les différentes Constitutions⁵⁹³. Il s'agit à l'instar de la France, d'insérer dans la politique de santé publique, des considérations financières établissant une équité dans l'accès à la santé. C'est concrètement la prise en compte par l'Etat de la capacité des patients de payer les services sans aucune difficulté. Une seule idée s'en dégage : l'adaptation des coûts des services

⁵⁸⁹Pour en savoir plus, BATIFOULIER P., « Prix, marché, liberté tarifaire en médecine », *Journal d'économie médicale*, n°5, Vol 29, 2011, pages 204-215. Voir aussi BIZRD F., « Annexe 4. Tarif des actes et rémunération médecins », *Complémentaire santé, le scandale*, Paris, édition Dunod, 2016, pages 177-180.

⁵⁹⁰ Voir explication liée aux principes « égal travail et égal salaire ».

⁵⁹¹ Article 63, 70, 27 du statut général de la fonction publique béninoise, guinéenne et sénégalaise.

⁵⁹² Article 207-209 du Code de travail béninois. Article L105-124 du Code de travail sénégalais.

⁵⁹³ Nous insinuons que l'absence d'une prise en charge sanitaire liée à des difficultés financières est qualifiable d'un traitement inhumain. Même n'étant pas situé dans le même contexte, la Cour européenne des droits de l'homme en indiquait que l'absence d'un accès rapide des personnes vulnérables que sont les prisonniers, est qualifiable d'un traitement inhumain et dégradant. Voir *Shishmanov c. Bulgarie* 8 janvier 2009

ou prestations des structures professionnelles médicales aux capacités financières des patients⁵⁹⁴. « Si la décision prise par un individu de se soigner est avant tout motivé par ses problèmes de santé perçus, cette décision est également un choix économique contraint par le revenu disponible de l'individu et les prix auxquels il fait face. Dans le cas des soins de santé, le calcul d'opportunité dépend non seulement des tarifs des actes et biens médicaux, mais aussi de la possession d'une assurance maladie complémentaire et de sa qualité »⁵⁹⁵ en remarquaient avec pertinence des auteurs.

En dépit de ces critiques, une enquête sur les salaires en Afrique francophone démontrait qu'ils sont très insuffisants et pourrait justifier cette jouissance injuste. Des recommandations y ont été faites en vue d'une amélioration : la mise en œuvre d'une politique nationale de gestion des carrières de tous les professionnels de santé. L'augmentation substantielle des critères destinés à financer le personnel allant au-delà des dépenses actuellement consacrées à la santé. La révision à la hausse du niveau actuel des salaires de base. La détermination du salaire en fonction du cout de la vie. Le renforcement des mesures d'amélioration des conditions de travail⁵⁹⁶.

Pour notre part il est évident, soit de réviser les différents Codes de santé publiques ou d'adopter des conventions dans lesquelles un tarif de consultation pourra être fixé et une prise en charge partielle instituée.

B- La régularisation du droit à l'honoraire

Vu le contraste des réalités économiques, socioculturelles et juridiques, il est certes illogique de transposer les mesures sanitaires françaises à ces Etats d'Afrique francophones, mais possible de s'en inspirer pour procéder à des aménagements. Pour la régularisation de la jouissance du droit à l'honoraire médical dont nous présenterons la codification, une telle initiative est efficiente.

La codification de l'honoraire médical est une réalité dans les Etats d'Afrique sujets d'analyse mais celle du Sénégal englobe les autres et est pourvue de petites particularités estimables. Elle établit en effet, que le médecin doit constamment fixer lui-même son honoraire. Il doit le faire

⁵⁹⁴ CHAMBAUD. « L'accès aux soins : éléments de cadrage » EN 3S-école nationale supérieure de la sécurité sociale, n°53, 2018, p. 24.

⁵⁹⁵ WITTWER J., JUSOT F., « L'accès financier aux soins en France : Bilan et perspective », *La découverte, regard croisé de l'économie*, N°5, 2009, P.103.

⁵⁹⁶ Les caractéristiques des revenus des professionnels de santé et leur relation avec les fournitures des soins rapport Benin (reproduit avec permission).

avec tact et mesure. Il n'est jamais en droit de refuser des explications sur sa note d'honoraire. Il est libre d'examiner ou d'administrer gratuitement des soins si sa conscience le lui recommande. Interdiction lui est faite d'établir une note d'honoraire forfaitaire pour la durée d'un traitement, sauf dans quelques cas exceptionnels (accouchement opération chirurgicale, traitement dans une station de cure etc.) et après accord du conseil de l'ordre des médecins. Il lui est de même interdit d'établir une note forfaitaire pour l'efficacité du traitement en toutes circonstances. Dans le cadre d'un travail collégial, chaque médecin établit sa note d'honoraire. Tout partage d'honoraire entre médecin traitant d'une part, consultant, spécialiste d'autre part, lors d'une consultation d'un acte opératoire, étant formellement interdit, chaque médecin doit présenter sa note personnelle. Donc l'acceptation ou l'offre de partage d'honoraire même non suivies d'effet, constituent une faute professionnelle grave. Enfin, lorsqu'un médecin chirurgien sollicite l'aide de tant d'autres qui sont anesthésistes par exemple, leur honoraire peuvent figurer soit sur la note d'honoraire de celui-ci ou directement demandé au patient ayant fait l'objet de l'intervention chirurgicale⁵⁹⁷.

Dans cette présente codification nous relevons une disparité dans l'établissement des honoraires fondée sur le libre arbitre. Les prohibitions ne sont liées qu'au partage et à l'établissement d'une note d'honoraire forfaitaire. Nous n'y relevons aucune autre relative à la fixation des honoraires exorbitants. Aucune norme législative ou réglementaire, voire conventionnelle à l'instar de la France ne l'interdit non plus, ce qui n'est pas sans conséquence sur les patients les plus pauvres. Donc, pour combler ce vide juridique et promouvoir l'accessibilité financière aux soins de santé, une loi portant sur la détermination des honoraires médicaux doit être adoptée. Elle suscitera l'intérêt d'une révision des codes de déontologie médicale, notamment les dispositions en cause. Elle prévoira les frais de consultation des spécialistes et généralistes ayant deux composantes : la première, due par les patients, est une modique somme d'argent qui traduit une certaine gratuité du service public de la santé et la seconde qui est la charge de l'Etat sera comprise dans le salaire mensuel versé. Si, par exemple, les frais de consultation initiale d'un médecin généraliste sont à 25.000GF, tous les patients qui solliciteront son expertise ne devront que 10.000GF et le reliquat sera la part de l'Etat dont la perception est différée. La valeur de cette dernière sera fonction du nombre de patients qu'aura totalisé le médecin. C'est une opération qui sera distinguée dans la grille salariale.

⁵⁹⁷ Voir article 37 à 42 du Code de déontologie médicale sénégalais. Voir aussi article 21 du Code de déontologie médicale guinéen et les articles 39, 40 de celui du Bénin.

Toutefois, cette prise en charge assurée en partie par l'Etat doit être prévue dans des dépenses annuelles. Elle résulte d'une révision constitutionnelle qui accroît les domaines d'intervention des lois, c'est-à-dire qu'elle y ajoute la détermination du financement de la sécurité sociale⁵⁹⁸. C'est un investissement qui peut être basé sur un système de redistribution fiscale. C'est-à-dire que les impôts et les cotisations des uns servent de garantie à la santé. Elle a permis aux pays développés d'améliorer leurs couvertures sanitaires, même si selon certaines analyses, pour des économies non structurées, cet objectif ne peut être atteint⁵⁹⁹. Ainsi, en plus de la création d'une taxe de solidarité perçue par un abattement sur salaire, une autre sur la commercialisation de l'alcool et du tabac peut être instituée. Cette dernière promet d'ailleurs la lutte contre ces fléaux sociaux et par ricochet la protection du droit à la santé. L'on ajoute à celles-ci une autre taxe sur un pourcentage élevé du chiffre d'affaires des cliniques de plus en plus nombreuses. Elle pourrait être étendue à l'importation et la distribution des médicaments.

Pour la réussite de telles initiatives l'Union africaine pourrait s'en attribuer la compétence : en plus de donner des orientations globales, fixer des objectifs à atteindre, tels que l'allocation de 15% du budget total à la santé⁶⁰⁰, elle pourrait en proposer les ramifications dépourvues d'un caractère contraignant qui constitueraient d'ailleurs un effet de son accord signé avec l'OMS. L'un des points liés à la couverture maladie voudrait que les Etats membres de l'Union africaine s'engagent à accroître les investissements nationaux pour la santé et à rendre des comptes à cet égard. L'OMS en exprimait d'ailleurs son soutien anticipé, consistant à faciliter le dialogue entre les ministres de la santé et des finances pour une santé solide et durable⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Nous nous référons à la France qui par une réforme constitutionnelle du gouvernement de Juppé, a institué les lois de financement de la sécurité sociale. Voir « les lois de financement de la sécurité sociale » sur le site Sénat.fr.

⁵⁹⁹ <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00229696/document>

⁶⁰⁰ A propos, une réunion des ministères de la santé Afrique, autour de l'Union Africaine, indiquait bien que le financement de la santé a augmenté en Afrique depuis 2001, il n'a pas atteint l'objectif d'Abuja d'allouer 15% du budget total des dépenses publiques à la santé. Malgré cela des progrès significatifs ont été accomplis en vue de l'atteindre. Par exemple entre 2001 et 2013, les budgets de santé dans les Etats de l'Union africaine ont augmenté de 9% à 11%. En revanche, seuls six Etats membre de l'Union africaine ont pu l'objectif d'Abuja. Voir Rapport d'évaluation de la stratégie africaine de la santé 2007-2015, élaboré par le groupe de travail du comité technique spécialisé sur la santé, la population et le contrôle des drogues, réunion d'expert 25-26 avril 2016. ADDIS-ABEBA, p.28 : https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/27513-wd-assessment_report_ahs_french_sa16950_f.pdf

⁶⁰¹ Accord de l'OMS et de l'Union africaine d'une large portée, visant à accélérer les efforts en vue des objectifs vitaux pour la santé : <https://www.who.int/fr/news-room/detail/18-11-2019-sweeping-agreement-inked-by-who-and-african-union-to-accelerate-vital-health-goals>

Toutes ces perspectives n'auront plus de valeur qu'en étant accompagnées par des précautions juridictionnelles. C'est pourquoi nous nous permettons de proposer l'institution d'un mécanisme constitutionnel destiné à la dénonciation de toute inobservation des droits et règles médicales qu'elles soient d'une spécificité financière ou non.

Section II - D'un mécanisme constitutionnel de saisine destiné à l'invocation des droits sanitaires

Destinée à la dénonciation des actes et comportements des particuliers et des pouvoirs publics attentatoires aux droits prévus par la Constitution, l'action populaire créée par le Benin est très critiquée par la doctrine⁶⁰². Il serait plus important de la consacrer à la réclamation auprès du juge constitutionnel, de la garantie du droit à la protection de la santé notamment médical, en exigeant la saisine préalable de la Cour suprême qui, par l'entremise d'une nouvelle Chambre, jugera de l'opportunité de sa mise en œuvre sur la base des dispositions précises (Paragraphe I). Cette institution trouve d'ailleurs une double justification : celle d'inciter la garantie des droits médicaux des détenus, actuellement bafoués et d'obtenir le respect des interdits professionnels, l'exemple d'exiger des patients d'autres moyens de paiements outre ce qui est prévu par le Code de déontologie médical (Paragraphe II)

Paragraphe I - L'exigence d'une saisine préalable de la Cour suprême

L'exigence d'une saisine préalable de cette haute juridiction résulte du fait qu'elle ait pour vocation l'appréciation du droit appliqué par les juridictions ordinaires inférieures. C'est une attribution qu'elle exerce si nécessaire, en se fondant sur la Constitution. Elle partage donc un élément de référence avec le juge constitutionnel : leur commune référence à la Charte Africaine des droits de l'homme et du peuple, qui constitue l'une des composantes importantes de cette norme supérieure (A). Cependant, la spécificité de cette saisine est la détermination ou l'approbation du caractère manifestement sanitaire des requêtes constitutionnelles par une Chambre mixte. Sur le fondement de ce critère elle décide donc de l'irrecevabilité. L'institution

⁶⁰²GNAMOU D., « la Cour constitutionnelle du Benin en fait trop ? », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, N°7, 2013. Voir aussi AVIO F -J., « La Cour constitutionnelle du Benin », *Revue française de droit constitutionnel*, N°99, 2014, pages 715-740.

de cette dernière incite à la valorisation d'une discipline et d'une profession que sont la médecine légale et le médecin légiste (B).

A- Du fondement de la saisine préalable de la Cour suprême

L'action populaire réservée à la dénonciation de l'inconstitutionnalité des actes, comportements et lois attentatoires à la santé, améliore l'accès à la justice mais elle n'est pas sans conséquences. Elle est, par exemple, à l'origine d'un engorgement judiciaire. C'est une raison parmi d'autres qui nous incite à un retour à la pratique française du filtre juridictionnel dans ce contexte précis, un rôle que jouerait la Cour suprême sur plusieurs fondements que nous présenterons après avoir mis en exergue ses différentes attributions habituelles.

En effet, dans les Etats d'Afrique francophones, cette juridiction est composée de trois Chambres qui exercent des attributions différentes. On distingue la Chambre administrative, la Chambre judiciaire et la Chambre des comptes :

La Chambre administrative qui représente la juridiction suprême administrative, est tout d'abord juge de droit commun en premier et dernier ressort des décisions prises en Conseil des ministres. Elle est juge de cassation des décisions rendues par les juridictions d'appel et par celles statuant en premier et dernier ressort. En cas de cassation des arrêts ou jugements qui lui sont soumis la Chambre administrative peut, soit, renvoyer l'affaire à une autre juridiction du même ordre, soit la renvoyer devant la même juridiction autrement composée. Les arrêts qu'elle rend s'imposent à la juridiction d'envoi. Elle peut résoudre l'affaire au fond lorsqu'il existe des solutions divergentes entre le juge de fond et la Cour suprême ou lorsqu'après cassation d'un premier arrêt la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens. Cette chambre est pour le moment juge de droit commun en premier et dernier ressort en matière administrative. En outre, en tant que juge d'appel elle connaît des décisions rendues en premier et dernier ressort par les organismes administratifs à caractère juridictionnels. Ces mêmes décisions sont susceptibles de cassation en assemblée plénière. Elle s'occupe enfin des procédures de référé et de constat d'urgence...

La Chambre judiciaire se prononce sur les pourvois en cassation pour incompétence, violation de la loi ou de la coutume dirigée contre : les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, les décisions du Conseil d'arbitrage des conflits collectifs du

travail. En cas de cassation d'arrêts ou jugements qui lui sont soumis, la Chambre judiciaire peut soit, renvoyer l'affaire à une autre juridiction du même ordre, soit la renvoyer devant la même juridiction autrement composée. Les arrêts rendus par la Chambre judiciaire s'imposent à la juridiction de renvoi. Elle peut régler l'affaire au fond par toutes les sections réunies dans les conditions ci-après : lorsqu'il existe une solution divergente entre les juges du fond et la Cour suprême, lorsqu'après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens. De plus, elle connaît des demandes de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime, des demandes de prise à partie contre un juge ou une juridiction de l'ordre judiciaire, des contrariétés de jugements ou arrêts rendus en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens par différentes juridictions....

Enfin, la Chambre des comptes juge les comptes des comptables publics sous réserve de la compétence que les dispositions de la présente loi organique⁶⁰³ attribuent, en premier ressort aux Chambres des comptes des Cours d'appel. Elle juge les comptes qui lui sont rendus par les personnes qu'elle a déclarées comptables de fait. Elle peut condamner les comptables à l'amende pour retard dans la production de leurs comptes et dans les réponses aux injonctions qui ont été formulées à leur encontre...⁶⁰⁴

A travers cette description nous constatons l'expression d'une suprématie absolue c'est-à-dire la supériorité des juges de cette Cour sur les autres créateurs des normes juridiques. En appliquant le droit⁶⁰⁵ elle s'en fait une perception pour écarter tout acte juridique qui en serait contradictoire. Elle représente une Cour judiciaire, administrative, voire une Cour constitutionnelle, même avec l'inexistence actuelle d'une Chambre constitutionnelle qui, avant sa scission étaient chargée du contrôle de constitutionnalité. Ce qui laisse comprendre qu'elle fonctionne sous la forme d'un ordre juridictionnel unique. Sa suprématie est non seulement liée au maintien d'une hiérarchie entre les juges, mais aussi entre les pouvoirs publics. En d'autres termes ces attributions lui permettent de contredire les représentants de la nation. Il y a enfin, pour être plus explicite, une suprématie partagée, scindée entre les Chambres.

⁶⁰³ Loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême du Bénin

⁶⁰⁴ <http://www.legibenin.net/pdfs/Loi/Lois%20131217/Lois%202004/L.%202004-07.pdf>

⁶⁰⁵ TROPER M., « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruylant, 1992, p. 257.

Ces attributions que nous résumons par l'application du droit, constituent le fondement du choix de cette juridiction suprême comme étant celle qui décanse la saisine du juge constitutionnel en déterminant le caractère manifestement sanitaire des requêtes dans la mise en œuvre de l'action populaire. Elles s'apparentent au rôle du juge constitutionnel, les décisions de ce dernier étant rendues en référence à la Constitution dont le contenu divers sert aussi de base aux juridictions ordinaires : sans la Constitution, les juges constitutionnels ne peuvent procéder à un contrôle de conformité, mais elle n'est pas pour autant l'objet de son appartenance exclusive. Elle est partie intégrante de l'ordonnement juridique sur lequel se fondent les interventions des juridictions ordinaires. Il y a donc une convergence que matérialisent, en France, les jurisprudences françaises. L'exemple le plus notoire est la reconnaissance par le Conseil d'Etat de la liberté d'association⁶⁰⁶ comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, soit des années avant la célèbre décision du Conseil constitutionnel de 1971⁶⁰⁷.

Dans le cadre africain, les éléments constitutifs des Constitutions, comme la Charte africaine des droits de l'homme, la Déclaration universelle des droits de l'homme, toutes adoptées pour la protection des droits de l'individu, font l'objet d'un usage fréquent autant par les Cours suprêmes que par les juges constitutionnels. Dans un arrêt de 2017, la Cour constitutionnelle guinéenne fait référence à la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple pour déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi organique n°002/2017/AN du 24 février portant Code électoral de la République de Guinée⁶⁰⁸. Aussi, la Cour constitutionnelle béninoise se fondait sur l'article 5 de cet instrument sous-régional pour relever l'inconstitutionnalité d'une détention d'un individu par un commissaire de police⁶⁰⁹.

La Cour suprême exercerait avec efficacité cette nouvelle appréciation qu'en étant pourvue d'une Chambre mixte chargée de déterminer le lien entre les requêtes susceptibles d'être portées devant le juge constitutionnel et la protection sanitaire.

⁶⁰⁶ Arrêt CE du 11 juillet 1956 « Amicale des annamites de Paris »

⁶⁰⁷ Décision n°71-44DC du 16 juillet 1971 loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

⁶⁰⁸ Arrêt n°AC 023 du 15 juin 2017.

⁶⁰⁹ Considérant que de l'analyse des éléments du dossier, il ressort que la garde à vue (NDR du plaignant) a été faite avec préméditation ; que le caractère délibéré de cette détention abusive et arbitraire résulte de la volonté avérée du commissaire de police (...) de « le priver de sa liberté pour le corriger » ; que, dès lors, en dépit des dénégations du commissaire (...), les conditions dans lesquelles se sont déroulées l'arrestation et la garde à vue du requérant constituent des traitements inhumains et dégradants au sens des articles 18 de la Constitution et 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple. » Cour constitutionnelle du Bénin, 11 janvier 2001, décision n°DCC 01-009.

B- Une Chambre mixte traitant de la recevabilité des requêtes sanitaires

Elle est composée des magistrats ayant une connaissance importante de la législation sanitaire et des droits médicaux. Elle peut solliciter à tout moment, si cela s'avère nécessaire, l'expertise des médecins pour établir qu'un acte individuel ou des pouvoirs publics est attentatoire à la santé. Cette sollicitation comble le déficit des Etats en médecine légale⁶¹⁰ tout en encourageant sa professionnalisation qui prête à controverse⁶¹¹.

Ainsi, ne sont déclarées recevables par cette Chambre mixte de la Cour suprême que des requêtes à caractère sanitaire portant sur l'inconstitutionnalité d'une loi organique, d'une loi ordinaire ainsi qu'une ordonnance ratifiée par les assemblées. Au-delà du cadre législatif, elles peuvent porter sur des décisions ou des actes administratifs s'avérant spécialement préjudiciables à la santé. Ceci inclut les actes des personnes morales et physiques de droit privé.

Cette appréciation est faite en référence à quelques articles qui constitueront probablement la référence des juges constitutionnels. Il s'agit des dispositions qui consacrent soit directement la santé, telles que celle du Bénin qui prévoit « *l'égal accès à la santé des citoyens* »⁶¹² ou par ricochet, telles que celles guinéenne et Sénégalaise qui prévoient le « droit à un environnement sain » à « *l'intégrité corporelle* ».⁶¹³ A ces composantes *stricto sensu* de la Constitution, nous joignons des articles des instruments internationaux, éléments constitutifs du préambule⁶¹⁴. Ceci matérialise l'expression de l'adhésion qui y est faite⁶¹⁵.

⁶¹⁰MICHARD J-F., « Le territoire du médecin légiste : éthique et épistémologie de l'expertise médico-judiciaire », *Revue française D'éthique appliquée*, n°1, 2016, pages 109-110.

⁶¹¹ MENENTEAU S., « L'Edifice de l'expertise restera [...] comme bâti sur le sable. Enjeu et obstacle à la professionnalisation de la médecine légale dans la France du XIXème siècle », *Médecine et hygiène*, N°3, vol 41, 2017, pages 349-369.

⁶¹²Article 8 et aussi l'article 15 de la constitution guinéenne.

⁶¹³ Article 27 et 16 de la Constitution béninois, guinéenne sur le droit à un environnement sain ; et l'article 7 de la Constitution sénégalaise.

⁶¹⁴ La prise en compte de l'article 16-1 de la charte qui dispose « *la jouissance d'un meilleur état de santé physique mentale, que toute personne soit capable d'atteindre* » ; et l'article 4 sur l'inviolabilité et l'intégrité du corps humain. Sur la Déclaration universelle il s'agira de la consécration directe de la santé, des soins médicaux à l'article 25 ; de l'article 5 sur la torture les peines ou traitements cruels et inhumains et dégradants.

⁶¹⁵ Nous faisons allusion à l'alinéa 4 du préambule de la Constitution béninoise qui dispose : « Notre attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la charte des Nations Unies de 1945, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple adoptée en 1981... ». Dans le corps de la Constitution est aussi mentionné « Les droits et devoirs proclamés et garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple adoptés en 1981 par l'organisation de l'unité

Notons que ce contrôle de constitutionnalité sanitaire est sollicité en dehors de toute procédure juridictionnelle. Toutefois, s'il l'est dans le cadre d'un litige, il doit être exempt de l'examen des juridictions inférieures et directement portée devant la Cour suprême notamment la Chambre mixte qui approuvera les conditions que doit remplir la requête. Si celle-ci concerne une loi, elle devra être applicable au litige c'est-à-dire que la disposition législative soit applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement de la poursuite.

La disposition législative en cause ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par les Cours constitutionnelles (notamment aux dispositions se rapportant ou susceptibles de se rapporter à la santé), à la fois dans les motifs et le dispositif d'une décision⁶¹⁶. La Chambre mixte devra chercher à savoir si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux en d'autres termes le mémoire qui devra introduire la question de constitutionnalité sanitaire devra mettre exergue en quoi celle-ci porte atteinte à une disposition constitutionnelle liée à la santé. S'il s'agit d'un acte administratif, l'exécution doit avoir une finalité nocive. Ce peut être une décision émanant du ministre de l'Environnement consistant à autoriser ou plutôt notifier à la population d'une localité l'exécution des activités. Ce peut être aussi une décision d'un professionnel de santé qui viole des principes garantissant l'accès à la santé, comme l'égalité⁶¹⁷. Enfin, ce peut être un acte individuel, une action entrepreneuriale, telle qu'une production. Ces dernières conditions laissent entendre que le contrôle de constitutionnalité ne porte pas seulement sur la loi mais également sur les actes ou actions.

Ce nouveau mécanisme et ces conditions ont plus pour justification la prévention des conduites et législations attentatoires à la santé, mais plus celle de certaines pratiques réprimées par des textes internationaux.

africaine et ratifié par le Benin le 20 janvier 1986 font partie intégrante de la présente Constitution et du droit béninois ».

⁶¹⁶ Pour que cela soit effectif, il faut qu'une liste des décisions déclarant la constitutionnalité de la loi soit établie.

⁶¹⁷ C'est ainsi que la Cour constitutionnelle béninoise s'est vu saisir par un individu, pour inconstitutionnalité d'une décision médicale qui instruisait de ne pas le privilégier, alors qu'il a été transporté d'urgence après un accident. Il s'agit donc du non-respect de l'égal accès à la santé. Décision N°DCC 09-046 du 24 Mars 2008.

Para II-Justification circonstancielle de la nécessité de création du mécanisme hybride

Ce mécanisme constitutionnel hybride de saisine, en plus d'être un moyen de réclamation de la garantie du droit à l'honoraire médical et de dénonciation de sa jouissance abusive, pourrait avoir pour justification conjoncturelle la protection du corps humain contre toutes les pratiques qui le dégradent : moyen de rationalisation et de dépolitisation⁶¹⁸ du constitutionnalisme africain, nous prônons, sur le fondement des textes internationaux ainsi que la jurisprudence constitutionnelle française qui prévoient le respect de la dignité de la personne humaine en milieu carcéral, sa mise en œuvre pour la garantie des droits détenus (A) et l'observation de la déontologie médicale, telle que l'interdiction d'exiger du patient un autre moyen outre ce qui a été prévu par les textes, en contre partie des soins administrés. Ce dernier pouvant être substitué à des pratiques telles que les relations sexuelles (B).

A- Justification relative à la protection sanitaire des détenus

Le droit à la protection de la santé est accordé à tous les sujets de droit peu importe leurs conditions sociales. Dans sa jouissance des discriminations positives sont permises mais celles-ci doivent résulter d'une reconnaissance de la vulnérabilité⁶¹⁹. Aucune restriction n'est admise en la matière même à l'égard des personnes privées de liberté que sont les détenus. Pourtant ces dernières, sujettes de protection des instruments internationaux et du juge constitutionnel français, demeurent dans des conditions de détention malsaines, ne jouissent d'aucun droit médical et subissent des traitements inhumains et dégradants en Afrique francophone.

Le pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « *toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* »⁶²⁰. Le premier principe de l'ensemble des règles minima en constitue le reflet. Celui-ci exige « *l'absence d'une différence de traitement basée sur un préjugé, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine*

⁶¹⁸ Il s'agit d'orienter davantage le contentieux constitutionnel africain vers la protection des droits fondamentaux de la santé, en l'occurrence, que sur les questions politiques.

⁶¹⁹HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES, Droit à la santé, fiche N°31,2015, p. 7.

⁶²⁰ Article 10 du pacte international relatif aux droits socio-économiques et culturels de 1966.

nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »⁶²¹ Cette obligation prévue dans la Constitution guinéenne de 2010⁶²², est loin d'être respectée. Les fonctionnaires du Haut-commissariat des réfugiés ont constaté que les cellules sont restreintes, obscures, surchauffées et insalubres. Elles manquent d'aération et de latrines décentes. Les détenus sont obligés de faire leurs besoins sur place, dans des seaux, ou sont escortés à l'extérieur. Ils dorment à même le sol⁶²³. Au Benin, des organisations ont constaté la surpopulation carcérale, le manque d'hygiène et d'eau potable qui constituent un risque pour la santé⁶²⁴.

Ces remarques répréhensibles sont susceptibles d'être portées devant les Cours constitutionnelles selon le mécanisme décrit ci-dessus. Par comparaison, en France, bien qu'il soit intervenu à l'issue d'un mode de saisine distinct, le Conseil constitutionnel a, dans deux décisions, désapprouvé ces genres de traitements : dans la première, il consacrait la valeur constitutionnelle du principe de « *sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement ou de traitement dégradant* »⁶²⁵, et dans la seconde afférente à l'appréciation constitutionnelle d'une disposition (l'article 91) de la loi pénitentiaire modifiant l'article 726 du Code de procédure pénale relatif au régime disciplinaire des personnes détenues placées en détention provisoire ou exécutant une peine privative de liberté, il y a rappelé que :

« Considérant d'une part que le préambule de la constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la

⁶²¹ Premier principe fondamental de l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adopté par le premier congrès des nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1997.

⁶²² Article 1^{er} de ladite Constitution.

⁶²³ Rapport du BUREAU DU HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME EN GUINEE sur la situation des droits de l'homme dans les lieux de détention de Guinée, p. 11. https://www.ohchr.org/Documents/Countries/GN/ReportofGuinea_October2014.pdf

⁶²⁴ W.H. Masmoudi observait à propos de l'incarcération qu'elle produit des effets délétères sur l'état physique et psychique des détenus et que le surpeuplement carcéral s'aggrave. Voir MASMUDI W-H., « Statut des détenus malade » *Droit, Santé, et Société*, n°5, 2018, p.59. Voir aussi Rapport de 2018 sur les droits de l'homme au Benin, p.2. <https://bj.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/162/Rapport-2018-sur-les-droits-de-lhomme-au-Benin-Francais.pdf>

⁶²⁵ « Considérant que le préambule de la constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race ; de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ». Décision n°94-343/ 344 DC du 27 juillet 1994.

personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race ; de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ; que d'autre part, l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion⁶²⁶, qu'il appartient dès lors, au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne.»⁶²⁷

Cette dernière consécration est une responsabilisation du pouvoir législatif qui interpelle les Etats d'Afrique francophones. Dans cette décision, ainsi que dans d'autres, elle observe qu'il revient au législateur d'assurer la conciliation des peines privatives de liberté au respect de la sauvegarde de la dignité de la personne, constitutive de la notion de « sauvegarde de l'ordre public » consacrée comme un objectif de valeur constitutionnelle⁶²⁸.

Par ailleurs, sur le droit médical, il faut rappeler, que l'ensemble des règles minima contraint les autorités des Etats parties à doter les établissements pénitentiaires d'un médecin, de produits pharmaceutiques et des services nécessaires à la préservation de la santé des détenus, y compris des services psychiatriques, de maternité et d'une médecine dentaire⁶²⁹. Cette exigence est identifiable dans chacune des Constitutions d'Afrique francophone à travers le droit à la santé ou d'autres droits s'y rapportant⁶³⁰. Or, on peut constater des violations pouvant être soumises aux

⁶²⁶Cette partie du considérant est partie intégrante de la décision n°93-334 DC du 20 janvier 1994, loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions du code de procédure pénale, considérant 12.

⁶²⁷ Décision n°2009-593 DC du 19 novembre 2009, loi pénitentiaire, considérant 3.

⁶²⁸ « Qu'il appartient dès lors au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant le droit pénal et la procédure pénale, de déterminer les conditions et les modalités d'exécution des peines privatives de liberté dans le respect de la dignité de la personne » cons. 4, « qu'il appartient au législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux personnes détenues ; celles-ci bénéficient des droits et libertés constitutionnellement garanties dans les limites inhérentes à la détention ; qu'il en résulte que le législateur doit assurer conciliation entre, d'une part, l'exercice de ces droits et libertés que la Constitution garantit, et d'autre part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public ainsi que les finalités qui sont assignées à l'exécution des peines privatives de liberté » Cons.5. Décision n°2015-485 QPC du 25 septembre 2015.

⁶²⁹ Règles 22 et 26 de l'ensemble des règles minima des nations unies pour le traitement des détenus.

⁶³⁰ Article 15 de la Constitution guinéenne, article 8 de la Constitution béninoise et sénégalaise sur le droit à la santé. Le Bénin en dépit d'une inobservation constatée par le Haut-commissariat des nations unies, consacre explicitement

différentes cours constitutionnelles. Le Haut-commissariat a pu remarquer en Guinée que, pendant la garde-à-vue les détenus n'ont pas la possibilité d'obtenir une consultation médicale. Les suspects qui parviennent à se faire soigner par des médecins, s'acquittent des frais médicaux. Certains, même après avoir fait l'objet d'une maltraitance, n'y ont pas droit. A l'exception du seul siège de l'escadron mobile⁶³¹ de la commune de Matam, les autres ne disposent d'aucune unité sanitaire⁶³². Des organisations œuvrant pour le respect des droits, ont aussi relevé au Benin et au Sénégal le manque de centre médical en milieu carcéral, constituant un risque pour la santé⁶³³. A cette menace sanitaire sciemment méconnue et ignorée, s'ajoute la torture que les médecins même mandatés pour administrer des soins, s'abstiennent de dénoncer⁶³⁴. Bien qu'indirectement interdite par les différentes constitutions⁶³⁵ et reprise dans les code pénaux⁶³⁶, ces Etats à travers leurs agents exécutent continuellement cette pratique et portent de ce fait atteintes aux différentes Conventions, notamment celle qui la définit et en donne une définition liée aux détenus :

« le terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne enfin notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression

le droit à l'accès des détenus aux soins médicaux, à travers la possibilité pour ceux-ci de se faire consulter par un médecin de leur choix : L'article 18 de la Constitution en dispose ainsi que « nul n'a le droit d'empêcher un détenu ou un prévenu de se faire examiner par un médecin de son choix. »

⁶³¹ Force militaire chargée du maintien de l'ordre public.

⁶³² Rapport du Bureau du HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME EN GUINEE sur la situation des droits de l'homme dans les lieux de détention de Guinée, p. 13.

⁶³³ Rapport de 2018 sur les droits de l'homme au Benin et Sénégal, p.2 et 3 : <https://bj.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/162/Rapport-2018-sur-les-droits-de-lhomme-au-Benin-Francais.pdf>, <https://sn.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/209/SENEGAL-HRR-2017-FRE-FINAL.pdf>,

⁶³⁴ Article 43 du Code de déontologie guinéen en dispose : « lorsqu'un médecin discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé, est victime des sévices ou privation, il doit mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et circonspection. S'il s'agit d'un mineur de moins de 15 ans, ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, ou de son état physique ou psychique, il doit, sauf circonstances particulières, qu'il apprécie en conscience, en alerter les autorités judiciaires, médicales ou administratives ».

⁶³⁵ Article 6 de la Constitution guinéenne sur le traitement inhumain et dégradant. Article 18 et 19 de la Constitution béninoise.

⁶³⁶ Le code pénal guinéen dispose « Seront punis de mort tout malfaiteur qui pour l'exécution de leurs crimes, emploient des tortures ou commettent des actes de barbaries », l'article 335 de ce même code la réclusion criminelle à perpétuité si les personnes arrêtés, détenues ou séquestrées ont été soumises à des tortures corporelles. Le Benin aux termes de l'article 523 de son code pénal a repris la consécration ou plutôt la définition nette de la torture. Le Sénégal à travers la loi n°96-15 du 28 Août 1996, a introduit cette même disposition dans son code pénal, à l'article 295-1.

sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite »⁶³⁷.

Une telle pratique constatée par des personnes physiques outre les organisations a la légitimité d'une critique ou d'être objet d'un recours en inconstitutionnalité sur le fondement du droit à la santé. Les analyses précédentes du Conseil constitutionnel français relative à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, sur le fondement du respect de la dignité de la personne humaine⁶³⁸ en constitueraient une référence de désapprobation constitutionnelle pour ses Cours constitutionnelles d'Afrique francophones qui statueront à l'issue d'une saisine par l'entremise de la Cour suprême qui en appréciera la nécessité.

En somme nous soutenons que ce descriptif qui dénote l'inobservation du droit à la santé et de l'égalité, principe qui en assure l'effectivité, justifie logiquement l'institution particulière de ce mécanisme constitutionnel plus profitable non seulement aux personnes physiques, mais aussi à des personnes morales de droit privé, les organisations non gouvernementales surtout. A cette dernière justification nous joignons, l'inobservation des attributions des professions médicales, dont les conséquences sont dommageables et constitutionnellement contestables.

B- Justification liée à l'inobservation des attributions médicales

Dans les Etats d'Afrique francophones, le respect des obligations des professionnels de santé doit être sujet d'une constante étude scientifique de laquelle résulteraient des perspectives.

En effet, le code déontologie médicale guinéen exige du médecin de n'imposer au patient aucun mode particulier de règlement en contrepartie de son service. Nous entendons là la prohibition d'une personnalisation de la rétribution médicale pouvant être passible d'une sanction. Nous osons croire, qu'il peut s'agir de la sollicitation d'une relation sexuelle. Exécutée par abus de la vulnérabilité (sanitaire et financière)⁶³⁹ d'une patiente, elle est assimilable à un viol. Il s'agit en

⁶³⁷ Article premier de la convention contre la torture et autres peine ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁶³⁸ Décision n°94-343/ 344 DC du 27 juillet 1994. Décision n°2009-593 DC du 19 novembre 2009, loi pénitentiaire, considérant 3.

⁶³⁹ Il est utile de préciser que cette vulnérabilité doit être prise en compte afin de particulariser et faciliter l'accès à la santé ou aux soins médicaux, ce qui pourrait être une sorte prévention de l'acte, le viol en l'occurrence, qui en est

d'autres termes de l'extorsion du consentement de la patiente, pour lui faire faire un acte en substitution aux honoraires. Nous joignons à cette réalité les cas de relations sexuelles non consenties exécutées par l'administration des somnifères aux patientes, leur faisant perdre conscience.

Juridiquement, ces actes sont qualifiables de viol, puni par le code pénal guinéen⁶⁴⁰. Entretenir par contrainte ou violence des relations sexuelles avec une patiente. Il s'agit d'une atteinte à l'intégrité physique et psychique d'une personne qui s'explique autrement par la violation du corps humain⁶⁴¹. Des instruments internationaux comme le protocole de la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple qui dispose que « ...*toute femme a droit au respect de son intégrité* »⁶⁴² y a trait. Cet instrument supplémentaire précise du reste que, les Etats protègent les droits reproductifs des femmes particulièrement en autorisant les avortements liés aux viols⁶⁴³. La prohibition du viol au sein des collectivités, faite par la déclaration de l'élimination de la violence à l'égard de la femme⁶⁴⁴ consolide cet arsenal de textes.

Pour sa part, le Conseil constitutionnel français, dans l'une de ses décisions le reconnaîtra en tant qu'agression sexuelle en déclarant la constitutionnalité de l'article 222-22-1 du Code pénal français y afférent. Il précisera également que le viol doit résulter d'une contrainte viciant le consentement⁶⁴⁵. Quoiqu'étant faite dans un contexte précis, cette observation constitutionnelle des éléments constitutifs du viol, lie tout individu et est par conséquent extensible au rapport médecin et patient. Autrement dit, des relations sexuelles entre médecin et patiente, résultant d'une contrainte morale sont condamnables autant pénalement que constitutionnellement.

conséquences. Ceci pourrait être sous-tendu par un aménagement ou une perception plus ample du protocole de la Charte africaine des droits de l'homme contre les droits de la femme : Comprendre l'assurance des femmes pauvres comme étant une protection très large s'étendant sur les personnels médicaux, susceptibles d'abuser de cette pauvreté pour les faire subir des actes contre leurs grés. Voir l'article 24 sur la protection spéciale des femmes en situation de détresse.

⁶⁴⁰ Article 268 du code pénal guinéen.

⁶⁴¹ Nous avons donné des précisions, plus haut. Celle-ci se définissant par l'état d'une chose qui est entière, ou l'état d'une chose sans altération, s'applique au corps humain et voudrait que tout traitement ou acte susceptible d'y être administrée soit consenti ; d'où le respect du principe de l'inviolabilité du corps humain, institué par le code civil français. Les Constitutions guinéenne, béninoise, et sénégalaise le consacrent.

⁶⁴² Article 4 dudit protocole, relatif au droit à la vie, à l'intégrité et à la sécurité.

⁶⁴³ Article 14-2 dudit protocole, relatif au droit à la santé et contrôle des fonctions de reproduction.

⁶⁴⁴ Article 2-2 de ladite déclaration.

⁶⁴⁵ « Considérant que, pour que le crime de viol ou le délit d'agression sexuelle soit constitué, la juridiction de jugement doit constater que les faits ont été commis avec violence, contrainte, menace, ou surprise, qu'ainsi la contrainte au nombre des éléments constitutifs de ces infractions. » Cons. 6. Décision 2014-448 QPC du 06 février 2015 agression sexuelle commise avec contrainte morale.

Soulignons dans cette démonstration, une particularité. Il s'agit de l'homosexualité exercée par un médecin par le biais d'un viol. C'est-à-dire par opposition à la théorie expliquée qui concerne des personnes de sexe différent, le professionnel de santé et la patiente en l'occurrence, il est possible que ces mêmes individus soient de même sexe. Et dans ce cas une double sanction est envisageable : la peine relative à l'atteinte à l'intégrité physique et mentale qualifiée de viol et celle liée à l'homosexualité. Dans le cadre guinéen par exemple aux termes de l'article 274 du Code pénal, « *Tout acte impudique ou contre nature commis avec un individu de son sexe ou avec un animal est puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 500.000 à 1.000.000 de francs guinéens. Lorsque l'acte a été commis avec un mineur de moins de 18 ans, le maximum de la peine est toujours prononcé* ». À moins que le juge en raison de son intime conviction en soit clément en atténuant la peine, le professionnel de santé devra sans doute subir cette double peine correspondant à sa forfaiture. Cette précision est faite relativement à la particularité française où l'homosexualité est légale⁶⁴⁶ et constitutionnellement admise et protégée⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ Loi n°2013-404 du 17 Mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne même sexe.

« ⁶⁴⁷ Considérant d'une part, que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa, du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivant ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale ; ». Cons. 8. Décision n°2013-669 DC du 17 Mai 2013, loi n°2013-404 du 17 Mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne même sexe.

Conclusion

Accessible, les juges constitutionnels des Etats d'Afrique francophones qui doivent remédier, par interprétation, aux insuffisances notables des textes constitutionnels, sont tantôt imprécis tantôt limités. Leur incapacité ou abstention à créer, au-delà de l'exégèse de ces textes constitutionnels est très manifeste, ce qui les distingue d'ailleurs, remarquablement du Conseil constitutionnel français qui s'y adonne constamment. Mais l'absence d'une fréquente saisine des individus, dans des Etats comme la Guinée pourrait en être la cause. Ceci nous incite à proposer l'institution d'un nouveau mécanisme réservé à la garantie de la santé qui a pour essence la saisine par tout individu, hors procès, de la Cour constitutionnelle par l'entremise de la Cour suprême (pourvue d'une chambre mixte), pour la dénonciation de tout acte susceptible de préjudicier à la santé.

Seconde partie : perspective constitutionnelle garante de la santé citoyenne

La jurisprudence constitutionnelle ainsi que la doctrine laissent entendre que la Constitution française actuelle serait un dispositif inconsistant sans l'existence du juge constitutionnel. Sur la consécration constitutionnelle des droits sociaux estimés historiques, ce dernier apparaît comme l'unique acteur. Dans sa décision relative à la liberté d'association, il posait cet acte en se référant au préambule qui porte ces droits, reconnaissant ainsi sa valeur constitutionnelle et s'investissant un véritable pouvoir de protection. C'est une consécration qui peut cependant prêter à controverse tenant compte du fait que ce texte et la constitution *stricto sensu* qu'il annonce, ont toujours eu la même valeur. Cette considération résulte du fait que l'histoire constitutionnelle française ainsi que les travaux préparatoires, qui constituent une référence du législateur en sont restés silencieux. Un silence qu'a matérialisé le juge constitutionnel par un acte de reconnaissance. Cette argumentation se trouve consolidée par le fait que le préambule et le corps de la Constitution découlent d'un même processus d'approbation constitutionnel qui est le référendum. Pour tout couronner, la méconnaissance de la valeur constitutionnelle du préambule est attentatoire au principe d'indivisibilité des droits, qui prône la réalisation de tous les droits politiques, sociaux, économiques et culturels, sans les dissocier. Cette analyse conséquente des théories françaises transposée aux Etats d'Afrique francophones incite à la considération, sans l'avis des différents juges constitutionnels, de toutes les parties des textes constitutionnels, y compris le préambule et les textes internationaux qui y sont cités, telles que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Charte africaine des droits qui font indirectement sa consistance par l'entremise des droits, notamment la santé qu'ils renferment. Ceci donne naissance à un constitutionnalisme universel protecteur de la santé.

Cette perception fructueuse de la Constitution pourrait être confortée par une rigidification du respect des droits qui le contiennent. Il est par exemple question de présenter par le truchement des réformes constitutionnelles l'obligation d'éduquer à la santé et dans les limites des exigences sanitaires : éduquer à la santé pouvant être perçue comme une liberté parentale qui doit s'exercer dans les limites des textes préalablement prévus. Elle obéit par conséquent à un régime répressif qui ne laisse pas la place à un choix. Elle devra, pour être plus précis, être conforme à la sécurité sanitaire infantile, un nouvel élément constitutif de l'ordre public.

Par ailleurs, sans mésestimer le constitutionnalisme français et celui de l'Afrique francophone, nous considérons que les jurisprudences qui en ressortent présentent des imperfections, sur la base desquelles nous pouvons proposer des corrections. Dans l'une de ses décisions importantes, celle relative à la maîtrise de l'immigration le juge constitutionnel français omet d'aborder la question de la constitutionnalisation de l'interdiction de l'excision. Cette pratique dégradante et attentatoire à la santé, qui pourrait être qualifiée de mœurs non publique ou non accessible sert de fondement du droit d'asile politique, ce qui n'est explicitement pas prévu par la Constitution française de 1958. La Convention de 1951 Genève et celle d'Europe de 1950 qui le définissent implicitement et sont souvent des textes de recours qui sont notamment invoqués en cas de contestation. Ceci semble, selon nous, affecter l'autosuffisance normative de l'Etat qui promeut la subsidiarité des instruments internationaux que rappelle constamment la Cour européenne des droits de l'homme. Cette perspective qui comble un vide se trouve valorisée par l'inviolabilité du corps humain. Ce dernier, principe médical qui a pour substance le droit au respect du consentement, pourrait servir de rempart à l'exécution de l'excision, la mineure censée y être soumise pouvant en exiger l'observation. La Convention internationale des droits de l'enfant qui voudrait que tous les mineurs émancipés soient entendus sur tout sujet sensible le concernant (dont la protection de sa santé), en constitue un soutien estimable.

Enfin, nous déduisons de l'examen d'une jurisprudence constitutionnelle d'Afrique francophone notamment béninoise portant sur l'application de l'égalité dans un litige opposant un patient et un médecin urgentiste⁶⁴⁸, l'institutionnalisation de l'urgence sanitaire. Cette proposition a pour contenu la création d'une liberté de tri du médecin aux urgences médicales. Y précède, une sémantique d'appréhension de l'« urgence » qui développe, sur la base d'un principe d'humanité, une perspective d'accueil des étrangers menacés par des événements imprévisibles (catastrophe) pouvant porter préjudice à leur santé. Il s'agit, par une consécration constitutionnelle, de prévenir la dégradation de leur santé. Ceci, doit, de toute évidence, être assorti du traitement d'urgence par les juridictions des dossiers y afférents.

Pour récapituler, cette seconde partie, présente deux perspectives : la première, qui découle de l'analyse du bloc constitutionnalité, met en exergue sa vertu protectrice des droits fondamentaux, la santé en l'occurrence, sans l'avis des juges constitutionnels français et d'Afrique francophone

⁶⁴⁸ Décision n°dcc 09-046 du 24 Mars 2008.

(Titre I) ; et la seconde, qui résulte de l'examen des jurisprudences constitutionnelles, évoque l'absence de prise en compte complète des considérations étrangères dont la nature sanitaire est pourtant patente (Titre II).

Titre I - Perspective résultant d'une analyse sanitaire des instruments de référence

La norme constitutionnelle française ainsi que les interprétations qu'en font la jurisprudence et la doctrine sont plus ou moins appréciables. On y relève parfois une contradiction que l'on pourrait établir par l'insignifiance de la reconnaissance juridictionnelle du préambule de la Constitution de 1958, conduisant à l'estimation des droits sociaux qui le contiennent : cette consécration faite par le Conseil constitutionnel ne révélait en notre sens, rien de nouveau. Le préambule était déjà une partie intégrante de la Constitution du fait que les travaux préparatoires qui constituent une référence incontournable ne mentionnaient pas le contraire. De plus, autant que la Constitution stricto sensu, celui-ci a été approuvé par le référendum dont la valeur est plus confortée par la considération accordée au peuple qui le met en œuvre. Enfin, l'ignorance de la constitutionnalité du préambule contrevient à la réalisation conjointe des droits sociaux, politiques, économiques et culturels, qu'il assure avec le corps de la Constitution. L'Afrique noire francophone peut faire sienne cette perception, la valoriser en estimant sans avis du juge constitutionnel, le préambule, ses éléments constitutifs telle que la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et par conséquent les droits fondamentaux comme la garantie de la santé qu'elle consacre (chapitre I). Il s'agit, en d'autres termes, d'une critique constructive du constitutionnalisme français qui lui est profitable. Nous le démontrons davantage par une perspective de rigidification des blocs de constitutionnalité d'Afrique francophone. Il serait concrètement question, au regard du respect de l'« ordre public sanitaire », de rendre contraignant l'éducation à la santé ainsi que la promotion sanitaire (chapitre II).

Chapitre I - Le Préambule constitutionnel, objet de consécration non jurisprudentielle de la santé

Curieusement l'examen du constitutionnalisme guinéen permet d'innover celui de la France qui constitue son archétype. En 1958, après l'accession à l'indépendance, la Guinée se voulait un Etat capable de s'assumer en se dotant des institutions indispensables. C'est ainsi qu'elle jette les bases d'un système juridique en adoptant sa toute première Constitution qui déterminait les attributions des pouvoirs publics, leur séparation et garantissait l'exercice de quelques droits. En 1982, cette Constitution promotrice d'un Etat de droit est remplacée par une autre légèrement différente sur certains aspects tels que la consécration du droit à la protection de la santé. Jusqu'en 2010, cette mutation se poursuivra donnant ainsi naissance à la Cour constitutionnelle chargée du contrôle de constitutionnalité. En analysant les contenus de ces différentes normes constitutionnelles, sous l'angle de l'exigence de protection de la santé, nous en déduisons deux appréciations qui nous paraissent intéressantes : la consécration de ce droit par l'estimation des éléments constitutifs du préambule, sans l'avis d'un juge constitutionnel. Sur le fondement d'un « positiviste dit constitutionnel » qui promeut la considération de toutes les institutions étatiques, elle prône la constitutionnalité non juridictionnelle de la Constitution dans toute sa composante, s'il s'avère surtout que celle-ci procède d'une approbation référendaire dont la valeur juridique doit être constamment rappelée. Cette conception que nous estimons africaine, est l'opposé de celle de la France qui, elle, laisse entendre que la consécration constitutionnelle du droit à la protection de la santé à l'instar de tous les autres droits sociaux, est consécutive à la référence qu'a fait le Conseil constitutionnel au préambule de 1958 qui le prévoit (section I). Elle a pour corollaire l'institution d'un constitutionnalisme universel protecteur du droit à la protection de la santé du fait que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, élément constitutif du préambule de la Constitution guinéenne de 1958, pourrait empêcher la confusion de la jouissance du droit culturel avec la pratique l'excision qui est pernicieuse et fonder l'institution des droits comme la liberté de procréer sainement (section II).

Section I - La consécration du droit à la protection de la santé par le préambule sans l'avis du juge constitutionnel

Les Etats d'Afrique noires francophones peuvent décidément s'affranchir de l'influence des créations scientifiques étrangères⁶⁴⁹ et se faire une particularité notamment constitutionnelle⁶⁵⁰. La double appréciation de la garantie constitutionnelle du droit à la protection de la santé en 1958, l'illustre : elle laisse entendre qu'une consécration du droit à la protection de la santé n'aurait jamais eu lieu sans la décision du Conseil constitutionnel français reconnaissant la valeur constitutionnelle du préambule de 1958 (Paragraphe I). Cette consécration par le juge pourrait laisser place à une position en Afrique avec la considération dite positiviste des institutions étatiques, consolidée par l'absence de la mention de l'inconstitutionnalité du préambule dans les travaux préparatoires, le rappel de son approbation par le référendum et le respect de l'indivisibilité de tous les droits auquel son ignorance porterait atteinte (Paragraphe II).

Para I - La consécration du préambule par les juges constitutionnels, fondement d'une protection de la santé

En référence à la reconnaissance jurisprudentielle de la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution française de 1958, la constitutionnalisation de celui de la Guinée, alors constitué en substance de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est envisageable. Si cette dernière établit un déficit de consécration du droit à la protection de la santé résultant de l'inexistence d'un organe de contrôle de constitutionnalité c'est-à-dire le juge constitutionnel, la

⁶⁴⁹Cette dite influence se remarque notamment par un mimétisme constitutionnel. Voir DOSSO K., « Les pratiques constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone : cohérence et incohérence » *Revue française de droit constitutionnel*, n°90, 2012, pages 57-87. Voir aussi GAUDUSSON J., « mimétisme poste colonial et après ? » *Pouvoir*, n°129, 2009, pages 45-55. <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/dargentT4.pdf>

⁶⁵⁰ En dépit du fait que cette incitation, puisse contrarier les intérêts de la mondialisation, sous-tendue par une convergence culturelle, juridique, économique et sociale, elle paraît opportune. Bertrant BADIE affirme que : « la règle de droit appartient d'abord à un domaine où la formalisation revêt une importance opératoire toute particulière : un texte de loi ou une procédure ne sont pas seulement le reflet d'un système de valeurs, mais également un agencement technique plus ou moins performant qui dérive d'une histoire et d'une culture ». Ainsi, l'institution d'un particularisme dans chaque Etat de l'Afrique noire francophone à l'aide des connaissances occidentales acquises depuis des années, mais adaptée aux réalités historiques africaines s'impose. De plus le mimétisme pure et simple n'encourage que le suivisme et promeut l'absence de la contestation scientifique, et l'innovation. C'est sur la base d'une telle idée, que nous nous opposerons à la consécration constitutionnelle d'un droit par l'entremise d'un préambule reconnu par le juge constitutionnel. Voir à propos BADIE B., « Le droit importé », *l'Etat importé, l'occidentalisation e l'ordre politique*, Paris, édition Fayard, 1992, p. 197.

mention explicite du caractère constitutionnel du préambule dans l'un de ses alinéas, pourrait la nuancer. Cette distinction que le constituant sénégalais a tenu à faire (A), bien qu'étant originale, ne doit pas non plus empêcher toute perspective d'incitation de la justice constitutionnelle au bon fonctionnement et à l'action, tel que l'exigence d'un « contrôle curatif » qui consiste à constater si le législateur au regard des préoccupations sanitaires comme la gratuité de la césarienne en Guinée, exerce régulièrement ses compétences (B).

A- De la protection du juge constitutionnel à la (non) consécration constitutionnelle

La protection des droits assurée par le Conseil constitutionnel français est l'expression d'une consécration juridictionnelle. Cette théorie constitutionnelle française précise si la garantie du droit à la santé est ou non observée en Afrique francophone notamment en Guinée.

Structurée comme celle de la France, la première Constitution guinéenne est doublement constituée du préambule et de la Constitution *stricto sensu*⁶⁵¹. Elle s'en distingue car les droits sont énoncés dans le corps même de la Constitution. Mais, on peut en revanche constater, à travers l'expression de l'adhésion à la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948⁶⁵² dans le préambule, la consécration théorique de certains droits comme le droit à la protection de la santé. Et ce n'est qu'à travers cette mention que l'on pourrait attester la singularité d'une consécration de ce droit fondamental en 1958⁶⁵³. Cette considération constitutionnelle aurait pu être justifiée par deux hypothèses consistantes. La première, qui émane de la doctrine soutient que cette Déclaration à l'universalité controversée⁶⁵⁴ a un caractère juridique contraignant du fait

⁶⁵¹ Titre X : Droits et Devoir fondamentaux des citoyens

⁶⁵² « *La Guinée apporte son adhésion totale à la Charte des Nations Unies et à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* ».

⁶⁵³ Article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé...* »

⁶⁵⁴ Joseph YACOUB démontre le contraire de cette universalité en s'appuyant sur le fait que cette Déclaration a été rédigée en référence aux réalités occidentales faisant allusion à la philosophie occidentale et aux textes anglais comme l'*habeas corpus*. Elle conforte cette thèse par le déficit de protection de certains droits comme celui des minorités. Des propositions ont été faites, par des Etats comme l'URSS mais réfutées par l'Occident. Par exemple : « *Tout peuple, toute nationalité jouissent des mêmes droits à l'intérieur d'un Etat. Les lois d'un Etat ne doivent permettre aucune discrimination à cet égard. Le droit de faire usage de leur propre langue, de posséder leur bibliothèque, leurs musées et autres institutions nationales de culture et d'instruction doit être garantie aux minorités nationales* ». Telle fut la proposition de l'URSS. Voir YACOUB J., *Réécrire la déclaration des droits de l'homme*, Paris, édition, Desclée de Brouwer, 2008, p. 50. Cette contestation du caractère universaliste est consolidée par le fait qu'elle ne fut adressée qu'à une catégorie de personnes pour éviter une récurrence des atrocités

qu'elle soit respectivement reprise par les deux pactes internationaux de 1966⁶⁵⁵ qui ont force obligatoire⁶⁵⁶, mais elle serait inconséquente parce que l'adoption de la Constitution guinéenne de 1958 précède la leur⁶⁵⁷ ;

La seconde hypothèse, empruntée à la France et la plus soutenable d'ailleurs, est l'usage juridictionnel notamment constitutionnel de la Déclaration, ce qui constituerait par ricochet la valorisation du préambule qui l'a prévu. Il s'agit, explicitement, d'une transposition indirecte du mécanisme français de consécration du préambule : en 1971 le juge constitutionnel français, se référant au préambule de la Constitution de 1958 pour protéger la liberté d'association⁶⁵⁸ fit de ce texte un instrument de consécration des droits parmi lesquels figure la protection de la santé et s'en investissait un véritable pouvoir de protection⁶⁵⁹. Cette évolution jurisprudentielle, en plus de provoquer la reconnaissance des droits sociaux, sous-entend que la constitutionnalisation du préambule est subordonnée à deux conditions cumulatives que nous tentons de théoriser : son existence qui procède de l'adoption et sa consécration jurisprudentielle par le juge constitutionnel. Cette précision française dénote qu'en l'absence d'une décision de ce juge indiquant implicitement ou explicitement que le préambule, bien qu'étant annonciateur, a une valeur constitutionnelle, ne doit être considéré comme telle. À cette théorie s'oppose celle du constitutionnalisme africain selon laquelle, le préambule précise lui-même sa constitutionnalité que l'intervention du juge vient confirmer. A ce propos, le constituant sénégalais clôturant le sien

nazies. Dans cette logique, Franklin Roosevelt fut la première personne à avoir l'idée de rédiger une déclaration qu'elle devait adresser à tous les êtres humains pour les conscientiser et éviter une récurrence des atrocités des guerres mondiales. Cette idée sera perpétuée après sa mort par sa femme, Eleanor Roosevelt.

⁶⁵⁵ LOCHAK D., *les droits de l'homme*, Paris, édition, la découverte, 2011, p. 65.

⁶⁵⁶ Directement applicable par les juridictions des Etats signataires, le pacte international relatif aux droits civils et politiques institue le comité des droits de l'homme composé de 18 experts indépendants qui se réunissent trois fois par ans pour étudier les rapports des Etats parties des recommandations sur la mise en œuvre du pacte, sous forme d'observation générales. En cas d'état d'urgence, prévu par l'article 4, il peut éventuellement formuler des rapports spéciaux. Un protocole facultatif, ratifié par des Etats, permet à des particuliers, de présenter des communications (plaintes) individuelles au sujet du respect du pacte par les Etats qui ont ratifié ce protocole additionnel. Quant au pacte international relatif aux droits économique, sociaux et culturels, sa force obligatoire, ne sera plus concrète, plusieurs années après son adoption. Son protocole additionnel adopté en 2008 et entrée en vigueur en 2013, consacrait la « justiciabilité » des droits économiques, sociaux et culturels. Il permettra aux individus des Etats qui l'ont ratifié d'être entendus par le comité des droits économiques, sociaux et culturels concernant des cas de violation par leur pays. Sur le fondement de ce protocole, le comité a compétence pour recevoir et examiner des communications présentées par les particuliers ou groupe de particuliers concernant des violations...

⁶⁵⁷ La Guinée a signé ces deux pactes le 28 février 1967 et les a ratifiés le 24 janvier 1978.

⁶⁵⁸ Décision n° 71-44 du 16 juillet 1971 liée à la liberté d'association.

⁶⁵⁹ « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenable d'existence ».

mentionnait : « ...*approuvons et adoptons la présente Constitution dont le préambule est parti intégrante* ». Donc ces illustrations nous font comprendre que le préambule guinéen de 1958 n'a aucune valeur constitutionnelle parce que, d'une part, son existence juridique est postérieure à la création d'un juge constitutionnel qui aurait pu s'y référer dans une décision, et conclure à une constitutionnalisation favorable à une protection sanitaire et d'autre part, aucune mention de ce caractère constitutionnel n'y est faite.

Cette désapprobation est confortée par la distinction entre une consécration constitutionnelle confondue à une protection, qui est en réalité le rôle de l'organe juridictionnel de contrôle et une autre qui désigne une simple mention dans un texte, d'un acte ou d'un droit, mais qui n'est consistante qu'avec la qualification du juge constitutionnel : la consécration signifie « *l'action de rendre sacré. C'est une confirmation solennelle, ou une action qui consiste à donner à quelqu'un à quelque chose une place éminente* »⁶⁶⁰. Le Conseil constitutionnel français la matérialisait en se référant à la Déclaration française des droits de l'homme pour protéger la liberté d'association. Il accordait ainsi une place cardinale dans la Constitution à cet instrument et aux droits et libertés qu'il contient.

Ce terme désigne aussi la mention d'un droit ou d'une liberté dans le corps de la Constitution, les rendant sacrés et insusceptibles de violation. En exemple illustratif nous avons les prévisions de l'égalité de suffrage⁶⁶¹, et celle de l'accès des hommes et femmes aux mandats électoraux, aux fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales qui y sont faites⁶⁶². Elles font l'objet d'une garantie constitutionnelle qui n'est perceptible que par la référence qu'en fait le Conseil constitutionnel. Ses fameuses décisions « quotas par sexe » en sont une illustration parfaite⁶⁶³. De cette catégorie de consécration constitutionnelle découle celle de la législation.

⁶⁶⁰ Le petit Larousse, p.173.

⁶⁶¹ Article 3 de la Constitution française de 1958.

⁶⁶² Article premier de la Constitution française, alinéa 2 : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

⁶⁶³ QUOTAS par sexe I, II, III, 18 novembre 1982, janvier 1999, 30 MAI 2000 (146 DC, 407 DC, 429 DC). Le Conseil constitutionnel intervenant protège l'égalité en instituant tant d'autres principes qu'il considère de valeur constitutionnelle. Ainsi, créant l'« *indivisibilité du corps électoral* », on retient ses considérants suivants qui en sont très illustratifs : « *considérant que du rapprochement de ces textes il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans les conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégorie des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux (cons 7). Il en tire ainsi une conclusion : « considérant qu'il résulte de ce qui précède que la règle qui, pour l'établissement des listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidat en raison de leur sexe, est*

Elle doit constituer sa mise en œuvre ou converger avec le contenu de la Constitution sous peine d'être censurée par le juge constitutionnel. Par exemple, le législateur adoptant une loi portant création d'une assurance maladie concrétisait les exigences constitutionnelles de respect du droit à la protection sanitaire et doit agir pour que la jouissance de celle-ci observe le principe constitutionnel d'égalité⁶⁶⁴. Cette élucidation est l'expression de la définition « normativiste » de la Constitution comme un ensemble de normes qui fixe les modalités d'adoption et de validité des normes générales et abstraites que sont principalement les lois, œuvres du législateur⁶⁶⁵. Elle prône une concordance matérielle voire formelle entre elle et les législations, ce que confirme le Conseil constitutionnel par le contrôle de constitutionnalité.

Il résulte de ces précisions sémantiques que la consécration constitutionnelle, qu'elle soit l'œuvre du pouvoir constituant originaire ou non n'est estimable et consistante qu'en étant affirmée par la haute juridiction réalisant son contrôle de conformité qui équivaut à une protection, ce que nous ne pouvons pas relever dans le constitutionnalisme guinéen de 1958.

Enfin, le caractère fondamental du droit à la protection de la santé⁶⁶⁶, est une précision de ce rôle protecteur qui traduit une consécration. En suivant Etienne Picard⁶⁶⁷, cette substantialité qui est subordonnée à sa valeur constitutionnelle et au rapport qu'il entretient avec la dignité humaine, émane de la jurisprudence protectrice juge constitutionnel⁶⁶⁸. Nous en déduisons donc que la consécration du droit à la protection de la santé comme un objectif de valeur constitutionnelle sur le fondement du caractère fondamental, équivaut à sa garantie constitutionnelle et conduit à

contraire au principe constitutionnel ci-dessus rappelés ; qu'ainsi l'article L.260 bis du code électoral tel qu'il résulte de l'article 4 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel doit être déclaré contraire à la Constitution » (cons8).

⁶⁶⁴ Le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, à travers un considérant déterminant donné cette précision : « *Considérant que les requérants font grief à ces dispositions d'instituer de « graves inégalités entre assurés sociaux » en méconnaissance de l'article 2 de la Constitution, de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du « droit constitutionnel à l'égalité d'accès aux soins qui découle du onzième alinéa du préambule de la constitution de 1946...».* Cons.3.

⁶⁶⁵ FAVOUREU L., GAIA P., & alii, *Droit constitutionnel*, Paris, édition Dalloz, 2016, p. 80.

⁶⁶⁶ Le comité des droits sociaux, dans son observation n°13, tout en exigeant aux Etat l'obligation de respecter le droit à la santé, se prononce sur son caractère fondamental : « *La santé est un droit fondamental de l'être humain, indispensable l'exercice des autres droits de l'être humain. Toute personne a le droit de jouir d'un meilleur état de santé susceptible d'être atteint, lui permettant de vivre dans la dignité. La réalisation du droit à la santé peut être assurée par de nombreuses démarches qui sont complémentaires, notamment la formulation de politiques en matière de santé ou la mise en œuvre des programmes de santé tels qu'ils sont élaborés par l'organisation mondiale de la santé (OMS) ou l'adoption d'instrument juridiques spécifiques »*

⁶⁶⁷ Picard E., *L'émergence des droits fondamentaux en France*, Paris, édition AJDA, 1998, p.6.

⁶⁶⁸ Décision n°89-269 DC Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé recueil, p. 33-journal officiel du 24 janvier 1990, p.972.

l'estimation de tout ou une partie de la norme constitutionnelle qui le mentionne. Cette dernière analyse réaffirme donc que le déficit de prévision d'un juge constitutionnel dans la Constitution guinéenne de 1958, traduit un manque de protection constitutionnelle des droits, celui de la protection de la santé en l'occurrence. Elle remet en cause toute hypothèse de valorisation constitutionnelle du préambule.

Précisons, de conclure, qu'il ne suffit pas seulement d'instituer un juge constitutionnel, mais de l'inciter aussi à la protection ou lui éviter une inaction qui pourrait équivaloir à une absence de garantie constitutionnelle des droits. En Guinée les institutions législatives s'accordant, au gré de leur intérêt, de ne pas préalablement transmettre les normes pour un contrôle *a priori*⁶⁶⁹, alimente cette thèse. La détermination de la portée, de la clarté et de l'intelligibilité des lois ainsi que celles de la Constitution en dépendent pourtant.

B- L'incitation à la protection de la santé par le juge constitutionnel

Eu égard à son caractère fondamental⁶⁷⁰ et au rapport de subordination qu'il entretient avec les autres droits, la santé doit faire l'objet d'une constante protection constitutionnelle alimentée par l'institution de nouveaux mécanismes spécifiques. Cette incitation qui concerne les Etats en voie de développement est émancipatrice, parce qu'elle affranchit la justice constitutionnelle d'une politisation⁶⁷¹ et focalise ses activités sur la garantie des droits.

Le Comité onusien qui veille au respect du pacte international des droits socio-économiques et culturels démontrait l'intérêt de l'implication des juges internes dans la protection sanitaire en affirmant que « *Les Etats en voie de développement devraient encourager les magistrats et tous les professionnels de la justice à s'intéresser davantage, dans l'exercice de leur fonction, aux atteintes au droit à la santé* »⁶⁷². Cette interpellation stimulante, bien qu'étant générale, concerne plus le juge constitutionnel. Les juridictions administratives et judiciaires appliquant les lois lors d'un procès, se rassurent, au préalable, qu'elles ne sont pas attentatoires aux droits et libertés que garantit la Constitution sous peine d'être censurées suite à un contrôle de constitutionnalité.

⁶⁶⁹ Ce consensualisme coupable du parlement et le refus de renvoi préjudiciel à la Cour suprême constitutionnelle est une faiblesse du Conseil constitutionnel, qui le conduit à l'inertie. POURHETA., *op.cit.*, p.7.

⁶⁷⁰ PICARD E., *l'émergence des droits fondamentaux en France, op.cit.*, p.6.

⁶⁷¹ <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf>

⁶⁷² CODESC, observation générale n° 14, le droit au meilleur état de santé, susceptible d'être atteint, 11/08/2000, E/C.12/2000/4.

Donc, l'application des lois ou les interprétations qu'elles en font ne doivent pas être contraires à l'appréciation qu'en fait ou ferait le juge constitutionnel. C'est ainsi que dans l'appréciation du statut juridique du fœtus, la Cour de cassation s'était prononcée⁶⁷³ dans la même logique que le Conseil constitutionnel qui, en substance « *ne place pas le respect de tout être humain, dès le commencement de la vie, dans les normes de constitutionnalité applicables au contrôle des lois déferées* »⁶⁷⁴. Les conclusions des juges constitutionnels doivent cependant être consistantes et plausibles, parce qu'elles sont susceptibles d'influencer des autres juridictions. Nous insinuons que leurs interprétations quelquefois critiquées⁶⁷⁵, doivent être plausibles. En différenciant la question préjudicielle de la question prioritaire de constitutionnalité, Xavier MAGNON⁶⁷⁶ précise cette dépendance des juges administratifs et judiciaires aux juges constitutionnels en parlant de lien entre le procès principal et procès incident. Le premier, relève des deux premiers juges appelés « *a quo* » et le second est du ressort du juge « *a quem* » c'est-à-dire le Conseil constitutionnel. Ainsi, dans le but de l'unification du droit et de la protection de l'exclusivité de compétence, les juges *a quo* constatant qu'une question ne relève pas de sa compétence, sursoit à statuer et la renvoie au *juge a quem*, à des fins d'analyses. La décision des premiers se trouve dépendante du second. Substantiellement, l'on constate l'importance du juge constitutionnel ses décisions et son outil, la Constitution en l'occurrence.

Du reste, promouvant cette dépendance, ces juridictions ordinaires, sur le fondement du serment, devraient, à l'issue d'une suspicion de contradiction des lois avec la Constitution, être habilitées à les transmettre au juge constitutionnel⁶⁷⁷. Nous qualifions ceci de l'exercice dans la magistrature d'une compétence de foi, les juges administratif et judiciaire devant, « de bonne foi », lors d'un procès et sans être soulevé par le justiciable, relever le caractère manifestement inconstitutionnel d'une loi et la transférer au Conseil constitutionnel pour une confirmation. C'est aussi une auto-saisine qui a pour objet de prévenir un déni de justice. Elle repose sur la conviction du juge, celle selon laquelle le sentiment intérieur, la certitude de celui-ci sur

⁶⁷³ Cour cassation, chambre criminelle, 27 novembre 1996. X...a. D. 1997. 13.

⁶⁷⁴ Décision 94-343/344 DC juillet 1994 (cons 2, 3, 4).

⁶⁷⁵ LOCHAK D., « Le juge constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoir, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°13, 1991, P.41.

⁶⁷⁶ <http://publications.ut-capitole.fr/16398/1/QPC%20et%20question%20pr%C3%A9judicielle.pdf2018>

⁶⁷⁷ Nous envisageons l'opposé de l'interdiction faite au juge de relever lui-même le QPC, suite aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution (« *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu...* »). Le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2009-595DC cons.9 a déduit de cette formulation l'interdiction de la juridiction saisie de soulever elle-même la QPC.

l'inconstitutionnalité d'une loi sont dominantes. C'est une idée d'inconstitutionnalité conçue dans le silence, le recueillement et sur le fondement de l'analyse du contenu de la loi en référence à la Constitution tous pris comme éléments de conviction du juge. C'est pour dire que si les juges judiciaires, se fondant sur l'intime conviction déterminée par l'analyse des pièces à conviction⁶⁷⁸, sont capables de prononcer la culpabilité d'un individu lui reprochant un fait qu'il qualifie d'infraction qu'il a commise⁶⁷⁹, ils sont aussi aptes, en se référant aux éléments de conviction constitutionnelle, de relever une loi inconstitutionnelle et la transmettre au Conseil constitutionnel pour une probable confirmation. L'abstention d'effectuer cette transmission équivaut à une incompétence négative⁶⁸⁰ en matière juridictionnelle : le juge se serait abstenu de relever préalablement l'inconstitutionnalité d'une loi préjudiciable au justiciable, à sa liberté et en résulterait un déni de justice.

Enfin, l'aménagement de la notion d'incompétence négative pourrait renforcer le rôle du juge constitutionnel surtout en Afrique francophone. Il s'agit de la censure du législateur pour refus d'adopter une loi sanitaire pouvant permettre la satisfaction d'un besoin manifesté par le peuple qu'il représente. Cette perspective intensifie le fonctionnement de la commission des lois. Par exemple, en Guinée, le législateur constatant l'acuité de la polémique⁶⁸¹ liée à la gratuité de la césarienne, se doit d'adopter une loi portant sur sa stricte application, faute de quoi il se verrait censurer par la Cour constitutionnelle qui s'autosaisit sur le fondement de la protection d'un droit fondamental, celui de la protection de la santé. Il en découle non seulement la mise en œuvre de l'accessibilité financière du service public de la santé⁶⁸² mais aussi de la discrimination positive,

⁶⁷⁸ FAYOL-NOITERRE J., « Rubrique- L'intime conviction, fondement de l'acte de juger », *informations sociales*, 2005/7 N°127 p.46-47.

⁶⁷⁹ Nous parlons là de la traduction des faits éléments juridiques. En exemple l'expression des mesures dans lesquelles un meurtre, un empoisonnement, ou une atteinte non intentionnée peut correspondre à un homicide. Voir DECIMA O., KHEIREDDINE D., *La qualification dans le procès pénal*, Paris, édition Cujas 2013, p. 100.

⁶⁸⁰ Notion de droit constitutionnel qui consiste à ce qu'une institution méconnaisse les limites de ses pouvoirs (incompétence) les croyant à tort moins étendus que ce qu'ils sont, ce qui exprime la négativité. C'est aussi le cas lorsque l'institution délègue des pouvoirs qu'elle devait exercer elle-même. Pour en savoir plus, voir RRAPI P., « L'incompétences négatives, dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel* n°34, 2012, p.4.

⁶⁸¹ Dans certains Etats d'Afrique francophone, comme le Bénin, la gratuité de la césarienne est plus ou moins mise en application, d'autres comme la Guinée, ce n'est vraiment pas le cas. Voir à propos OUEDRAGO T., SAIZONOUJ., &alii, « Evaluation de la mise en œuvre de la gratuité de la césarienne au Bénin » *Santé publique*, n°25, 2013, pages 507-515. Voir aussi OUEDRAGO L., MONGBOV., &alii, « La césarienne dans le contexte de la gratuité eu Bénin » *Santé publique* n°28, 2016, pages 399-497.

⁶⁸² Nous instituons là dans le cadre de l'accessibilité financière du service public guinéen, une différenciation tarifaire, fondée sur la vulnérabilité (sanitaire) que doivent promouvoir les textes internationaux. Nous insinuons là que c'est une discrimination dite positive que doivent encourager les Etats sur le fondement du droit de la santé. Il

exception au principe d'égalité constitutionnelle. Si dans la réalisation d'une telle perspective la majorité parlementaire peut être l'obstacle, par ce que pouvant s'opposer à l'adoption d'une loi relative à la santé à l'issue d'un vote, le fait qu'elle pense par anticipation à une éventuelle censure du juge constitutionnel liée au refus d'adopter en serait dissuasif. Nous nous situons dans le contrôle constitutionnel *a priori* que nous qualifions « curatif ». Concrètement, il consiste, pour le juge constitutionnel qui s'autosaisi, à constater si le législateur eu égard aux problèmes sanitaires immensément manifestés, exerce fréquemment ses compétences de protection. Sa crédibilité est alors en jeu si le constat s'avère négatif. Dans cette logique, c'est la compétence classique du Conseil constitutionnel fixée par l'article 34 de la Constitution française de 1958 qui est innovée : avant que ses analyses ne soient focalisées sur la protection des droits et libertés en 1971, le Conseil constitutionnel était considéré comme étant « le chien de garde du législateur », c'est-à-dire qu'il l'empêchait de sortir de son domaine de compétence. Dans notre perspective, en plus de lui interdire d'empiéter sur le domaine de compétence de l'exécutif, il veille à ce qu'il exerce ses attributions, en fonction des nécessités sanitaires. Nous fusionnons en quelque sorte le contrôle constitutionnel *a priori* et la censure d'incompétence négative⁶⁸³ du pouvoir public pour refus de prendre une décision alors qu'elle lui en revient. Le caractère curatif de ce contrôle se rapporte au fait qu'il inciterait le législateur à adopter des lois en faveur de la protection de la santé.

Cette contrainte du législateur profitable à l'Afrique francophone trouverait à l'évidence une justification dans l'aménagement de la notion d'objectif à valeur constitutionnelle dégagée par le Conseil constitutionnel français de l'analyse du bloc de constitutionnalité⁶⁸⁴. Concrètement, à

s'agit là autrement d'une interprétation combinée et innovante, du protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple relatif aux droits des femmes en Afrique et la Charte africaine elle-même, en faisant respectivement allusion à leurs articles 2 et 16.

⁶⁸³ Dans le cadre du droit administratif, est née cette notion d'incompétence négative, avec les efforts d'Edouard LAFERRIERE se fondant substantiellement sur deux décisions du Conseil d'État : celles relatives aux médailles (CE, 1^{er} mai 1874, Lazaret de la Mauritanie, p. 410) et celle relative aux chercheurs d'or (CE, 23 novembre 1883, société des mines d'or de la Guyane c/malguy, p. 832). Pour en savoir plus voir LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Bergers-levraut et Cie, 1888, p. 491. Voir aussi BRETONNEAU A., « Incompétence négative faux ami du juge administratif ? », *Nouveau cahier du Conseil constitutionnel*, N° 46, 2015, pages 21-28.

⁶⁸⁴ Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982. Cons 5 : « *considérant qu'ainsi il appartient au législateur, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la déclaration, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptible de porter atteinte* ».

travers ce concept qui exige des finalités à atteindre, la haute juridiction donne des orientations à suivre au législateur lorsqu'il légifère. Ce dernier se trouve contraint de justifier la limitation de certains droits ou d'en démontrer la garantie accrue. Parmi ces droits, figure la protection de la santé⁶⁸⁵. Il s'agit d'une logique de mise en garde jurisprudentielle que nous pouvons aménager pour contraindre le législateur d'Afrique francophone. Nous mettons en avant la possibilité de percevoir extensivement la notion d'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé, l'obligation pour le législateur d'adopter une loi en rapport avec ce droit, dès qu'il s'avère menacé. Il s'agit donc d'une contrainte de légiférer qui a trait à la protection et la prévention de la santé qui converge avec celle du mécanisme que nous avons proposé.

Toute cette proposition alimente l'idée d'une transmission obligatoire des lois liées à la santé. C'est-à-dire qu'à l'instar des lois organiques obligatoirement transmises au juge constitutionnel dès leur adoption⁶⁸⁶, celles liées à la santé, régulièrement adoptées par nécessité doivent en faire l'objet, pour, principalement leur caractère fondamental et du fait qu'elles sous-tendent la vie, un autre droit fondamental faisant partie du noyau dur des droits fondamentaux⁶⁸⁷

A cette illustration qui rend le juge constitutionnel incontournable dans la protection du droit à la protection de la santé, s'opposent d'autres qui laissent entendre qu'une protection est théoriquement concevable sans son intervention.

⁶⁸⁵ Le Conseil constitutionnel a récemment indiqué, dans sa décision n°2021-824 du 5 août 2021 relative à la loi liée à la gestion de la crise sanitaire, qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et liberté constitutionnellement garantis. Cons. 21.

⁶⁸⁶ L'article 83 de la Constitution guinéenne de 2010 dispose que les « *lois organiques ne peuvent être promulguées, que si la Cour constitutionnelle, obligatoirement saisie par le Président de la République, ne les a déclarés conforme à la loi fondamentale* ».

⁶⁸⁷ C'est-à-dire un ensemble qui sur le fondement des textes internationaux ne peuvent l'objet d'une dérogation. Ils sont autrement appelés droits absolus.

Paragraphe II - Consécration de la santé résultant du rejet de la reconnaissance jurisprudentielle du préambule

Contrairement à ce que fait croire la théorie constitutionnelle française précédemment exposée, une consécration du préambule de 1958, par conséquent des droits notamment la garantie de la santé avait été faite avant la décision du juge constitutionnel relative à la liberté d'association. Ceci résulte d'une considération dite positiviste des institutions étatiques parmi lesquels figure ce préambule. Elle est consolidée par le silence estimatoire des travaux préparatoires sur la constitutionnalité de ce texte annonciateur, le fait que ce dernier soit autant que le corps de la Constitution une résultante du référendum, et enfin sur l'exigence d'une réalisation conjointe des droits socio-économiques et politico-culturels que prévoient distinctement les deux (A). Cette justification se trouve renforcée par un simple regard externe des Etats étrangers sur cette partie de la norme constitutionnelle, son contenu qui se résume à d'autres textes, comme la Déclaration française et la déclaration universelle des droits de l'homme, dans le cadre guinéen. Ceci la rend considérable sans une couverture de la jurisprudence constitutionnelle (B).

A- De la consécration fondée sur le positivisme constitutionnel

La théorie constitutionnelle française qui subordonne la prise en compte du Préambule à son usage juridictionnel méconnaît le sens du positivisme juridique. Défini comme une doctrine qui n'accorde de valeur qu'aux règles du droit positif⁶⁸⁸ et rejette le droit naturel, celui-ci s'attache à la considération globale de toutes les institutions de construction normative d'un Etat, à savoir la Constitution, les législations, les juridictions et les décisions qu'elles rendent conformément à ces normes⁶⁸⁹. C'est une estimation théorique qui ignore tout raisonnement non issu des différentes institutions étatiques. Elle constitue une évidence de valorisation que conforte cette consécration jurisprudentielle qui lie davantage la Constitution et le juge constitutionnel. Donc, cet impératif de consécration jurisprudentielle n'apparaît pas comme un standard mais un élément de plus dans le constitutionnalisme français. Il ne l'a pas été dans l'histoire

⁶⁸⁸ *Lexique des termes juridiques*, Paris, édition Dalloz, 2018, p.546.

⁶⁸⁹ <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/troper.pdf>

constitutionnelle qui demeure une source et une référence irréfutable⁶⁹⁰ des études constitutionnelles.

Cette thèse repose sur trois arguments essentiels : premièrement, le déficit ou l'omission d'une mention dans les travaux préparatoires, de l'importance attachée au préambule qui a été adopté, approuvé (par referendum) et promulgué avec la Constitution *stricto sensu*. Considérés avec méfiances par François Gény en 1899⁶⁹¹ réfutés par Henri Capitant⁶⁹², les travaux préparatoires revêtent désormais une importance non négligeable parce qu'ils trouvent leur fondement dans l'article 33 de la Constitution. Ils constituent des éléments de conviction et d'interprétation qui servent le juge constitutionnel. Très souvent pour procéder au contrôle de constitutionnalité des lois et savoir le réel fondement de telle ou telle norme législative, il s'y réfère. Dans une décision datant du 19 janvier 2006⁶⁹³, le Conseil constitutionnel les consacre implicitement à travers la consécration de l'exigence de clarté et de sincérité des débats parlementaires. Y faire référence constitue une méthode d'interprétation qualifiée d'une démarche intellectuelle selon Jean-Louis Debré⁶⁹⁴. De la sorte, si le constituant n'a pas précisé dans ces éléments de conviction que la partie annonciatrice du texte constitutionnel de 1958 ne sera pas considérée ou qu'il en est resté silencieux, cela n'insinue pas qu'elle doit être ignorée tant qu'un juge constitutionnel ne s'y

⁶⁹⁰ L'histoire est le socle de toute étude constitutionnelle. Nous en reprenons exactement les termes de VARELA SUANZES-CARPEGNA J., qui nous semblent illustratifs : « En étudiant une Constitution ou tout autre norme constitutionnelle du point de vue matériel l'historien doit tenir compte du fait que son objet consiste à un droit qui n'est pas en vigueur. Cependant même lorsqu'il analyse une Constitution historique toujours en vigueur comme en Angleterre ou aux Etats-Unis, ce sur quoi il doit concentrer son intérêt est la genèse et le développement du texte et non le résultat final auquel ce dernier a abouti car c'est là l'objet d'étude du constitutionnaliste. Ce qui n'empêche pas par ailleurs que l'étude de l'histoire constitutionnelle puisse apparaître très utile pour mieux expliquer et comprendre le constitutionnalisme actuellement en vigueur ». SUANZES-CARPEGNA J., « l'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *Revue de droit constitutionnel*, n°68 2006, p.679.

⁶⁹¹ François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* : essai critique, LGDJ, 1919, BU Cujas, p. 27. Dans ce passage, en effet, l'auteur précise : « Il faut bien, puisque la formule [juridique] reste muette et close, pénétrer par d'autres voies, la volonté qui l'a inspirée, dégager l'esprit de la loi, pour contrôler, rectifier, compléter, restreindre ou étendre sa lettre. Ainsi, on va chercher, à tout prix, et à tout risque, l'intention du législateur dans mille circonstances extrinsèques à la loi, dans celles surtout qui ont accompagné sa naissance, et qui, habilement surprises, permettront de la féconder, même d'en multiplier les effets. Ici prennent place les procédés d'investigation auxiliaire, qui constituent la monnaie courante de notre méthode traditionnelle. D'abord l'examen des travaux préparatoires de la loi, dont la valeur toute relative dépend surtout du mode constitutionnel suivi pour sa confection, mais qui ne sauraient que bien rarement apporter la certitude complète sur un texte obscur ou équivoque. »

⁶⁹² Capitant. H, *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, Dalloz-Sirey, 1977, p. 4.

⁶⁹³ Décision 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Cons. 25. Pour une vision plus largement détaillée de ces exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires, Voir. BERTRAND B., « L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Etude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la Vème République », *RDP*, Octobre 2010, n° 2, pp. 431.

⁶⁹⁴ Capitant. H, *op.cit.*, 1977, p. 4.

prononce pas. Au contraire, ce dernier n'a fait que confirmer ce qui a existé, c'est-à-dire sa nature constitutionnelle. En d'autres termes le juge constitutionnel a par son intervention historique de 1971, donné un sens au silence du législateur constituant, celui qui consiste à considérer la Constitution dans sa globalité, c'est-à-dire le préambule et la Constitution *stricto sensu*.

Deuxièmement, la méconnaissance de la valeur constitutionnelle du Préambule résultant d'un manque de confirmation du juge constitutionnel équivaut à l'ignorance de celle de certains actes importants de création et d'approbation qui l'ont fait naître. Il s'agit du referendum (constituant) auquel le Conseil constitutionnel se soumet par considération des auteurs et de la promulgation qui fait juridiquement exister les normes. Michel TROPER⁶⁹⁵ affirmant que « *les droits de l'homme comme tous les droits subjectifs ne deviennent droit que s'ils sont reconnus par l'ordre juridique positif c'est-à-dire par les organes de l'Etat autorisés en cela par la Constitution* » mettait implicitement en évidence la valeur de ces deux actes et leur méconnaissance paradoxale qu'induit la théorie de consécration jurisprudentielle du préambule. Il suffit de poser la question de savoir par quels procédés la Constitution a été autorisée et portée à la connaissance des destinataires ? L'un, le référendum « *consiste en la collaboration du peuple à l'élaboration de la loi*⁶⁹⁶ et l'autre qui permet de certifier l'existence de la loi, sa constitutionnalité (formelle), y compris la Constitution elle-même, évite en quelque sorte l'arbitraire du législateur »⁶⁹⁷.

Le premier, dans le système constitutionnel français et des Etats d'Afrique qui s'en inspirent, est l'acte qui a approuvé la norme constitutionnelle qui a soit, dès son adoption, prévu dans l'une des dispositions le juge constitutionnel, c'est le cas de la France⁶⁹⁸, soit a envisagé sa création par une révision, ce qui est le cas de la Guinée, du Sénégal et du Bénin. Il s'agit donc de l'expression de la volonté directe du peuple ou de la souveraineté nationale qui approuve un ensemble de

⁶⁹⁵ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, Paris, édition presse universitaire de France, 2011, pages 31-45.

⁶⁹⁶ Lexique des termes juridiques Paris, édition Dalloz 2017, p. 607.

⁶⁹⁷ BOTTINIF., « La promulgation des lois parlementaires » *Revue française de droit constitutionnel* N°76, 2008, pages 761-784.

⁶⁹⁸ Le Conseil constitutionnel français est une institution créée par la Constitution de la Cinquième République du 4 octobre 1958, mais il n'a été installé que le 5 mars 1959. Son président est alors l'ancien ambassadeur Léon Noël et deux anciens présidents de la République, Vincent Auriol et René Coty, y siègent de droit. Le général de Gaulle voulait éviter ce qu'il considérait comme une dérive américaine aboutissant à une forme de gouvernement de juge : pour lui la seule Cour suprême c'est le peuple. Michel Debré précise un autre but : Ce qu'il nous faut, c'est une arme contre la déviation parlementaire... Voir à propos du rôle du juge constitutionnel, témoignage d'un ancien membre du Conseil et SCHNAPPER D., *Une sociologique au Conseil constitutionnel*, Paris, édition Gallimard, 11 mars 2009, p. 20.

dispositifs constitutionnels de garantie. Le Conseil constitutionnel français, dans sa décision de 1962⁶⁹⁹, rejetant l'interprétation du président du sénat concernant l'article 61 de la Constitution, affirmait à travers quelques phrases sa valeur : « *Les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale* ». Par cette assertion, il exprime son incompetence à contrôler les lois référendaires, laissant entendre que ses attributions sont exclusivement liées à la régulation des activités des pouvoirs publics. Donc, ne relève de son contrôle que les décisions des pouvoirs publics, comme les lois parlementaires.

Cette déclinaison s'étend sur la révision. C'est-à-dire que cette dernière soumise à l'approbation du peuple qui constitue une expression directe de la souveraineté, ne doit aussi faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Est donc, de part et d'autre, opposable au juge constitutionnel, la légitimité du référendum qui approuve le préambule et la Constitution *stricto sensu*. Pour être plus explicite, il s'agit de la constitutionnalisation du Préambule (qui prévoit indirectement le droit à la santé), par la consécration jurisprudentielle du referendum qui l'engendre.

Elle est davantage démontrable, dans la détermination du juste que nous pouvons confondre au contenu de la Constitution, par la supériorité de la voix de la majorité, auteur du referendum à celle de la minorité, que sont des magistrats ou des sages désignés. John Locke pour trancher nous en faisait une édification quasiment constitutionnelle : « *Le juste est déterminé par la majorité. Il est déterminé par la volonté du souverain, le souverain est le peuple et la volonté du peuple est la volonté de la majorité de ses membres. Cela revient à trois principes suivants : le positivisme juridique, la souveraineté du peuple, le principe de la majorité* »⁷⁰⁰. A cet égard, la majorité prime sur le fondement du nombre et surtout du juste, une production rationnelle appréhendée comme la résultante de plusieurs volontés concordantes. En d'autres termes, ce n'est pas le seul fait que le peuple en grand nombre approuve la Constitution et son Préambule, lors d'un referendum, que sa décision est considérée par rapport à celle d'un gouvernement de juges, mais c'est parce que cette décision d'approbation des instruments soumis est considérée

⁶⁹⁹ Décision 62-20 DC du 06 novembre 1962 liée à la loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.

⁷⁰⁰ LOCKE J., *Second traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1967ch. VIII, pages 95-96.

comme étant le résultat de plusieurs volontés raisonnables⁷⁰¹. La décision d'un collège de juges constitutionnels dont la composition et la qualification juridique sont controversées⁷⁰² ne peut donc que confirmer et valoriser davantage celle du peuple ou l'ériger officiellement en ce qu'il fut il y a longtemps. La constitutionalité du préambule résultant du choix d'une majorité raisonnable a donc été confirmée. La décision du juge constitutionnel ne fut qu'un rappel, précisant son contenu.

Cette constitutionnalisation du préambule par la voix d'une majorité est confortée par la mise en œuvre de la promulgation qui concrétise son existence juridique. Simple formalité sans laquelle un acte législatif ne peut entrer en vigueur et donc une condition, elle rend en réalité son contenu exécutoire et ouvre la voie à sa publication qui la rend obligatoire⁷⁰³.

Notons enfin que sur l'indivisibilité des droits, repose théoriquement la nature constitutionnelle du préambule. Ce concept affirmé par la Déclaration universelle des droits de l'homme⁷⁰⁴ prône le respect et la réalisation de toutes les catégories de droits⁷⁰⁵. Or, la dénégation du caractère constitutionnel au préambule sous prétexte qu'aucune jurisprudence constitutionnelle n'y a fait allusion suppose l'inobservation de ce principe universel, parce qu'elle sous-entend l'ignorance d'importants droits et libertés fondamentales notamment socio-économiques et culturels qu'il prévoit. Ceci insinue alors l'estimation de la constitutionnalisation de tous les droits aussi bien par le préambule que par la Constitution *stricto sensu*, dont l'appréciation par des Etats aussi équivaldrait à une consécration.

⁷⁰¹ MINIERD., « Les justifications de la règle de majorité en démocratie moderne », *Presse de science po Raison politique*, n°39, 2010, p.129.

⁷⁰² ROUSSILLONH., ESPLUGASP., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, édition 2015, Pages 18, 19, 20.

⁷⁰³ BOTTINI F., « la promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel* n°76, 2008, pages 767-768.

⁷⁰⁴ Cette indivisibilité est affirmée à travers l'article 2-1 qui dispose que « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la présente Déclaration...* ». La Conférence mondiale de Vienne de 1993 l'a aussi affirmé en indiquant que « *tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés.* » Elle a de même observé à propos sur le terrain politique que « *la communauté internationale doit traiter les droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance.* » Et de préciser « *s'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.* »

⁷⁰⁵ REEDORT-FICHOT M., « L'indivisibilité des droits de l'homme », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, N°7, 2009, p.3.

B- De la consécration fondée sur la simple perception externe de la norme constitutionnelle par des Etats

L'estimation du préambule par des Etats outre celui qui l'a adopté constitue une autre catégorie de sa consécration constitutionnelle non jurisprudentielle. Il s'agit d'une perception particulière, incitative et juridiquement constructive que ses Etats étrangers voulant entretenir une relation avec celui-ci ou souhaitant lui apporter une aide⁷⁰⁶, portent sur la nature juridique de sa norme supérieure qui est la référence et est censée protéger les droits fondamentaux et orienter les institutions étatiques. La stabilité juridique notamment constitutionnelle, condition d'une stabilité sociale⁷⁰⁷ subordonne les relations internationales. C'est une exigence qui peut avoir des degrés différents selon qu'il s'agisse des Etats et institutions mais qui a un fondement légitime unique : le respect des droits ou l'exigence d'un Etat de droit. La constitutionnalisation du droit à la protection de la santé dans le préambule par l'entremise de la Déclaration universelle y trouve un sens. Autant en France la Constitution de 1958, à travers le préambule, présente théoriquement à l'extérieur cette image rassurante du respect des droits, en Guinée, le préambule de la Constitution de la même année rassure à travers l'adhésion à un instrument international. Cette constitutionnalisation rend la Déclaration plus étatique qu'international ou supra étatique. Nous n'avons plus à faire à une simple déclaration dépourvue d'un caractère contraignant, mais à un élément constitutionnel de référence. L'observation de cette théorie résulte d'une vision convergente, celle qui consiste à appréhender la hiérarchie des normes comme un instrument de contrainte⁷⁰⁸ de laquelle découle la supériorité de la Constitution : en France, en Guinée et dans tant d'autres Etats d'Afrique francophones, se recoupe la considération de la Constitution comme

⁷⁰⁶Nous sommes dans une logique de subordination à l'octroi des aides financières comme l'aide publique au développement, à la reconnaissance et au respect du droit à la santé et tout autre droit qui s'en rapportent (consacré par déclaration universelle des droits de l'homme). S'il est possible de la conditionner à « *l'édification d'un état démocratique et républicain dans lequel les populations pourront librement choisir et révoquer librement les dirigeants* » il est tout aussi important et louable de la subordonner au respect des droits qui sont liés aux différents problèmes pour lesquels le financement ou l'aide est sollicitée. Cela reste une condition mais aussi un moyen théorique pouvant rationaliser le respect des droits et les options de l'applicabilité, des décisions des différents organes y afférents. Il s'agit en outre de revoir, conformément à cette consécration, d'instituer ou d'améliorer les politiques sanitaires en accord avec des partenaires sociaux, ou plutôt accroître l'efficacité de l'implication de la consécration constitutionnelle de ces droits par l'adoption des lois qui se rapporteront aux conduites, par des réalisations structurelles du pouvoir et par l'institution des mécanismes juridiques efficaces.

⁷⁰⁷En Afrique francophone, notamment en Guinée, nous constatons cette réalité. Les modifications de la Constitution souvent limitée à la mandature, est à l'origine des échauffourées entre individus, manifestant leurs désaccord et agents de force de l'ordre, ce qui le souvent bouleverse l'ordre public.

⁷⁰⁸ PAOUR R., « Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes », *Revue des théories constitutionnelles et de philosophie du droit*, n° 21, 2013.

étant supérieure. Le Conseil d'Etat statuant en assemblée⁷⁰⁹ l'a affirmé dans deux arrêts⁷¹⁰ indiquant que l'interprétation juste des traités et accords internationaux, doit être conforme à la Constitution et non l'inverse. C'est donc d'une exigence de conformité des traités qu'est déduite cette première place.

Cette primauté pourrait être dégagée de l'article 151 de la Constitution guinéenne qui dispose : « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celles des lois sous réserve de réciprocité* ». Les deux conditions cumulatives se trouvent réunies dans cette formule. La ratification ou l'approbation des traités ou accords n'interviennent qu'après le contrôle de conformité et l'application par l'autre partie signataire, qui se rapporte à la réciprocité.

Cette reconnaissance du préambule promeut la stigmatisation des Etats qui s'abstiennent de partir à des conventions liées au droit à la santé et d'en tenir compte dans leurs constitutions respectives. Elle est alimentée par l'interdiction, sur le fondement de l'avis de la CIJ⁷¹¹, d'une réserve émise à l'égard d'une partie d'un texte ou d'une convention internationale multilatérale liée à la santé. Nous confondons en d'autres termes la notion d'aspect fondamental d'un traité, à l'une ou plusieurs de ses dispositions sur laquelle ne doivent porter une réserve étatique.

Nous mettons en évidence l'opportunité de considérer la Déclaration universelle des droits de l'homme et tant d'autres instruments ayant le même caractère et la même valeur, comme fondement d'un constitutionnalisme universel protecteur de la santé.

⁷⁰⁹ Constituait son principal fondement juridique l'article 55 de la Constitution de 1958 qui dispose que : « *les traités ou accord régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

⁷¹⁰ Le Conseil d'Etat dans l'arrêt (Ass. 3juillet 1996, Koné) avait indirectement affirmé du principe de la supériorité de la constitution sur les traités. Saisi par un requérant, Monsieur Moussa Koné, accusé par le Mali de faits pénalement réprimés, contre le décret prononçant son extradition, en application d'un accord bilatéral de coopération judiciaire, le Conseil avait circonscrit l'interprétation de ce dernier. Il avait jugé que « *ces stipulations (conventionnelles) doivent être interprétées conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique* ». Dans l'arrêt CE, ass. 30/10/1988, Sarran et Levacher), le Conseil d'Etat, interprétant l'article 55 de la Constitution affirme ce principe selon lequel le droit international ne saurait prévaloir sur la Constitution.

⁷¹¹ Avis consultatif de la CIJ du 28 mai 1951 sur la réserve. A travers cet avis, il affirme que les réserves ne doivent pas porter sur les aspects fondamentaux des traités.

Section II - Constitutionnalisme universel protecteur de la santé, corollaires de la consécration sans l'avis du juge constitutionnel

De l'appréciation non juridictionnelle du préambule de la Constitution guinéenne de 1958 à la lumière des théories françaises, est déductible l'institution d'un constitutionnalisme universel protecteur de la santé. La déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui en constitue le socle, nous sert d'appui pour envisager la proscription de l'excision, en établissant notamment son caractère préjudiciable à la santé, une substance « *du droit à un niveau de vie suffisant* »⁷¹² que doivent garantir le Comité international de protection des droits sociaux, économiques ainsi que le législateur par son rôle sécuritaire (Paragraphe I). Ce même texte fonde l'institution d'une liberté de procréer sagement. Cette dernière qui procède de la liberté qu'a un individu de se marier ou de consentir à s'unir à un autre, constitutionnellement garantie en France, résulte de la jouissance de l'« *'égalité universelle en droit et dignité* »⁷¹³ accordée à tous les êtres humains. Elle constitue un droit cardinal, dont la place doit être précisée dans l'ordre juridique interne (Paragraphe II).

Paragraphe I - La proscription de l'excision, culture préjudiciable à la santé, sur le fondement d'un constitutionnalisme universel

L'excision est une culture préjudiciable à la santé. Cette considération pourrait être sous-tendue par une double perception de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. L'une, qui résulte de son interprétation internationale, prohibe toute tentative de pratiquer une culture attentatoire à un droit, la santé en l'occurrence. Ceci est prévu par le pacte international relatif aux droits socio-économiques et culturels, la déclaration de l'Unesco, précisés par des organes de contrôles comme le Comité international chargé de la protection des droits sociaux (A) ; l'autre, de son exégèse interne, prévoit une prohibition qui s'inscrit dans la logique de sécurité sanitaire qu'assure le législateur, observant les exigences constitutionnelles : assurant un « *niveau de vie suffisant* » à la société, le législateur se doit de développer l'interdiction à tout individu, de son gré ou sur ordre de son supérieur hiérarchique, l'infliction d'un acte de torture de traitement inhumain et dégradant que fait la Constitution guinéenne (B).

⁷¹²Article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁷¹³Article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

A- Prohibition de l'excision, culture attentatoire à la santé, sur le fondement d'une perception internationale de la Déclaration

Les débats agités, inopportuns et infructueux, qui singularisent⁷¹⁴ ou pluralisent⁷¹⁵ l'étendue de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, peuvent être limités par l'utilité sanitaire que nous lui accordons et son interprétation erronée aux conséquences pernicieuses que nous voulons empêcher.

En effet, en disposant aux termes de l'article 22 que « *Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté* », cette Déclaration universelle met en valeur l'identification culturelle des individus ou des communautés. Il s'agit de la consécration d'une permission internationale qui peut toutefois s'avérer « sanitaire » dommageable si elle n'est pas assortie de la désapprobation ou de l'incrimination de toute tentative de pratique nocive telle que l'excision, sous prétexte qu'elle est assimilable à une culture.

Assimilée à la civilisation, la culture doit être « *dans son sens ethnographique étendue. C'est cet ensemble complexe qui comprend les connaissances, les croyances, l'art, le droit, la morale, les coutumes, et toutes les autres aptitudes et habitudes qu'acquiert l'homme en tant que membre d'une société* »⁷¹⁶. Cette acception sujette à plusieurs références, est critiquée pour son caractère insuffisamment précis et réaménagée. La culture est alors définie comme « *un ensemble lié de manières de penser, de sentir et d'agir plus ou moins formalisées qui, étant apprises et partagées par une pluralité de personnes, servent, d'une manière à la fois objective et symbolique, à constituer ces personnes en une collectivité particulière et distincte* »⁷¹⁷. Quant à la Déclaration de Fribourg le terme « culture » recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe de personne exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à

⁷¹⁴ Nous faisons allusion au débat qui laisse comprendre que la déclaration a été adressée une catégorie de personne ou à un continent. C'est la logique dans laquelle s'inscrit de JONGE E., qui indique par le contraire du mot dignité, qui est l'indignité en dit long sur le caractère précis de ce texte. Celui-ci faire qualifie les atrocités commises par les nazis. Il conforte cette réalité par l'expression famille humaine qui s'oppose à une guerre fratricide. Voir De JONGE E., « La Déclaration universelle comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique, argumentation et analyse du discours », *Revue électronique du groupe ADARR*, n°4, 2010, p. 8.

⁷¹⁵ Contrairement à sa singularité exposée, cette déclaration est appréhendée comme un instrument a protégée universelle par certains auteurs. C'est ce que sur la base de certains droits qui y sont consacrés, Danièle LOCHAK a tenu à démontrer, tout en exposant les paradoxes. Voir LOCHAK D., « L'universalité des droits de l'homme, une évidence ou une mystification ? » *Les droits et paradoxe de l'universalité* 2010 pages 167-203.

⁷¹⁶http://jmt-sociologue.uqac.ca/www/word/387_335_CH/Notions_culture_civilisation.pdf.

⁷¹⁷http://jmt-sociologue.uqac.ca/www/word/387_335_CH/Notions_culture_civilisation.pdf.

son développement⁷¹⁸. Pour elle, l'expression « identité culturelle » doit être comprise comme étant l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité et par « communauté culturelle », on entend un groupe d'individus qui partage des références constitutives d'une identité culturelle commune, qu'il préserve et développe⁷¹⁹. Enfin, selon la Déclaration de l'Unesco « *elle doit être perçue comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social et qu'elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances* »⁷²⁰.

En considérant quelques éléments de la première définition perfectionnée, tels que « la coutume et les habitudes », nous pouvons qualifier l'excision comme étant lié à un fait culturel. Dans la deuxième définition qui est considérée plus complète nous l'identifions aussi à travers des éléments caractéristiques tels que « la manière de penser, d'agir » qui, sans se référer aux détails donnés, semble s'appliquer à la pratique de l'excision. Celle-ci étant une pratique correspondant à une pensée matérialisée par des agissements « *très formalisées dans des rituelles, des cérémonies* »⁷²¹. La référence faite aux « formules rituelles, aux cérémonies » vient conforter cette convergence. En d'autres termes, c'est dans le cadre « d'un rite, couronné d'une cérémonie » que s'exerce une telle pratique culturelle. Enfin, analysant la dernière définition qui est celle de l'UNESCO, nous relevons le terme « tradition » auquel pourrait être assimilée l'excision.

Donc, ces déductions nous font croire que la disposition sus-indiquée accorde à toute personne membre d'une communauté, le droit d'imposer la pratique de l'excision assimilée à une culture. Mais l'ordonnancement juridique international lui construit un rempart : la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle consacrant des droits culturels en a donné des précisions en disposant que « *nul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée* »⁷²². Il s'agit des limites

⁷¹⁸<https://www.fidh.org/IMG/pdf/fr-declaration.pdf>. Consulté le 11 mai 2021

⁷¹⁹*Idem.*

⁷²⁰Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle : alinéa 5 du préambule.

⁷²¹ROCHER G., « Culture, civilisation et idéologie », *Introduction à la sociologie générale*, Montréal, édition Hurtubise HMH Ltée, 1993, pages 101-127.

⁷²²Article 4-3 de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle.

de l'exercice du droit culturel que détermine cet alinéa insinuant qu'aucun individu ou qu'aucune collectivité ne doit arguer de la consécration faite par cette Déclaration pour exercer une culture attentatoire aux droits internationalement garantis par les textes internationaux, en l'occurrence la santé. En d'autres termes, la culture des groupes ou minorités ne doit être nuisible à la santé. Cette perception est indirectement faite par Faes HUBERT⁷²³ analysant cette Déclaration. Selon lui, les cultures que consacre ce texte doivent être une ou des attitudes humaines profitables à toute l'humanité. Ce caractère humain écarte toute conduite d'une particularité nocive que soutiennent des communautés. Il s'agit en d'autres termes d'une exclusivité culturelle de laquelle ne peut se réclamer toute l'humanité par son caractère nocif. En cela l'on peut comprendre le but et le sens de la diversité culturelle qu'expose ce texte. Dans la même logique, le Comité onusien des droits de l'homme se référant à cet alinéa et au paragraphe 5 de la Déclaration de Vienne⁷²⁴, a tenu à préciser les limites de prendre part à une vie culturelle. Il recommandait que les politiques sociales, économiques et culturelles d'un Etat doivent assurer et admettre les droits culturels dans le strict respect des droits garantis par les instruments internationaux⁷²⁵. Certains Etats ont estimé cette directive en constitutionnalisant indirectement l'interdiction de l'excision. La Constitution malienne y faisait allusion en disposant que « *nul ne sera soumis à la torture, ni à des sévices ou traitements inhumains, cruels, dégradants ou humiliants. Tout individu, tout agent de l'Etat qui se rendrait coupable de tels actes, soit de sa propre initiative, soit sur instruction, sera puni conformément à la loi* ». La Conférence mondiale organisée à Beijing sur la violence à l'égard des femmes s'y rapporte aussi. Après qu'il y soit rappelé que la violence à l'égard des femmes est une autre forme d'obstacle pour l'atteinte de l'objectif d'égalité et qu'elle empêchait celles-ci de jouir de leur droit et liberté (la santé), une définition de l'expression « violence sexuelle » qui a été donnée cite l'excision en illustration. L'expression « *violence à l'égard des femmes désigne tout acte de violence sexiste qui occasionne ou est susceptible d'entraîner des blessures ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques à l'encontre des femmes, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée. En conséquence l'expression « la violence à l'égard*

⁷²³ HUBERT F., « Droit de l'homme et droit culturel », *Institut catholique de paris, transversalité*, n°108, 2008, p.88.

⁷²⁴ « *S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales*

⁷²⁵ Observatoire N° 21 du comité des droits socio-économiques, et culturels, sur le droit de participer à la vie culturelle.

des femmes » comprend, sans toutefois s'y limiter, les violences sexuelles et psychologiques au sein de la famille, notamment les violences sexuelles sur des femmes, sévices sexuels liés à la dot, viol conjugal, mutilations génitales féminines et autres pratiques traditionnelles préjudiciables aux femmes, violences non conjugales et violences liées à la femme, exploitation »⁷²⁶. C'est dans la même logique que s'inscrit le protocole de la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple relatif aux droits des femmes en Afrique. Son article 2 s'oppose à toute forme de discrimination à l'égard des femmes.

Toutes ces prohibitions d'une perception pernicieuse de la Déclaration, que sous-tendent des textes de la même envergure, peuvent être consolidées par l'interprétation du droit à un niveau de vie suffisant.

B- L'interdiction de l'excision, culture préjudiciable à la santé, sur le fondement de l'exégèse interne de la Déclaration

Aux termes de l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 « *toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé* »⁷²⁷. Ce droit voudrait que tout être humain ait un minimum vital. Il a plusieurs composantes dont le droit à un logement décent, à des vêtements, à une nutrition appropriée, à des soins médicaux. Quoiqu'étant distinctement consacrée dans la même disposition « *la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, d'immoralité, de vieillesse ou de pauvreté* »⁷²⁸, est constitutive du même droit qui assure le bien-être de l'individu. Cette garantie concerne surtout les Etats développés qui ont un système de protection sanitaire constitué de l'assurance sociale et maladie. En outre, la jouissance de ce droit, dans les Etats en voie de développement doit être assurée par l'entremise de la coopération au développement de la justice sociale⁷²⁹. La satisfaction des besoins élémentaires de chacun, notamment la santé comme premier principe de cette justice sociale⁷³⁰, est le plus visée.

⁷²⁶ Quatrième conférence mondiale des nations unie sur les femmes, organisée en 1995 à Beijing.

⁷²⁷ Article 25-1 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁷²⁸ Article 25-1 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁷²⁹ <https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/aemr/text/artikel-25-aemr-recht-angemessenen-lebensstandard>.

⁷³⁰ PARODI M., FORSE M., « Justice distributive, la hiérarchie des principes selon les européens », *Revue de l'OFCE*, n°98, p.216.

Toutefois, le « *droit à un niveau de vie suffisant* » peut être défini par le rôle sécuritaire du législateur, c'est-à-dire son intervention protectrice assortie des exigences constitutionnelles de garantie du droit à la protection de la santé. Il s'agit, outre la sécurité sociale qu'il assure à travers la sanction des infractions, d'une sécurité sanitaire. En France, l'exécution de ce rôle, encadrée par l'observation de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé⁷³¹, sous-entend, d'une part, l'adoption des mesures législatives pouvant faciliter la jouissance de ce droit, d'une part⁷³², et prévoir des sanctions à titre préventif, contre toute atteinte pouvant y être portée⁷³³. Ainsi, le législateur donne effet ou observe, la consécration y afférente dans le préambule de la Constitution. En portant un regard sur l'espace juridique de la Guinée, sous l'angle de la protection de la santé des individus contre l'excision, le législateur guinéen semble plus ou moins s'y investir. Après avoir adopté en 2000 une loi relative à la santé et à la reproduction dans laquelle il précise que « *sous réserve des dispositions du Code pénal, les actes attentatoires aux droits en matière de santé sexuelle, seront incriminés et pénalement réprimés* »⁷³⁴, il explicite le régime d'interdiction constitutionnelle, par le Code de l'enfant qui dispose que « *quiconque par des méthodes traditionnelles ou modernes saura pratiquer ou favoriser les mutilations génitales féminines ou y aura participé, se rend coupable de violences volontaires sur la personne de l'excisée. Là toutes les formes que prend la pratique se trouvent concisément incriminées* »⁷³⁵.

En effet, aux termes de l'article 6 de la Constitution guinéenne de 2010 « *Nul ne peut être l'objet d'une torture, de peines ou de traitement cruels, inhumains ou dégradants. Nul n'est tenu d'exécuter un ordre manifestement illégal. La loi détermine l'ordre manifestement illégal. Nul ne*

⁷³¹ Concrètement, à travers ce concept qui exige des finalités à atteindre, la haute juridiction donne des orientations à suivre au législateur lorsqu'il légifère. Ce dernier se trouve contraint de justifier la limitation de certains droits ou d'en démontrer la garantie accrue. Parmi ces droits, figure la protection de la santé. Dans ce sens, le Conseil constitutionnel a récemment indiqué, dans sa décision n°2021-824 du 5 août 2021 relative à la loi liée à la gestion de la crise sanitaire, qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et liberté constitutionnellement garantis. Cons. 21.

⁷³² Dans cette logique, le Conseil constitutionnel indiquait, « *qu'il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre, qu'il s'agisse des prestations d'assurance maladie, d'assurance vieillesse ou prestations familiales* ». Décision 97-393 DC du 18 décembre 1997, loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

⁷³³ C'est, en réalité une punition que prévoit le législateur et que l'autorité judiciaire, suite à une constatation, est habilitée à appliquer. Voir à ce propos, ROBERT J-H., « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°26, 2009. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-punition-selon-le-conseil-constitutionnel>.

⁷³⁴ Article 13 de la loi guinéenne relative à la santé sexuelle et à la reproduction adoptée en 2000.

⁷³⁵ Article 407 du code de l'enfant de Guinée.

peut se prévaloir d'un ordre reçu ou d'une instruction pour justifier des actes de tortures, de sévices ou de traitements cruels ou dégradants commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions... ».

Cette disposition évoque la volonté du constituant guinéen de protéger des sujets de droits contre l'excision et en institue une prohibition notamment adressée aux subalternes. Cette appréhension résulte du fait que « *La torture, les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants* » sus-énumérés soient des actes auxquels elle est assimilable. Cette convergence est un impensé des institutions nationales et sous-régionales de protection des droits de l'homme et du peuple telles que la Cour africaine ainsi que la Commission, qui se contentent, de rappeler la gravité des actes énumérer et d'en ordonner la cessation⁷³⁶. En précisant les termes de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne indique pour sa part, dans un arrêt⁷³⁷, que ces actes doivent tous être stigmatisés parce qu'ils provoquent de fortes, cruelles et graves souffrances. Elle insinue que même séparément consacrés, ils ont des dénominateurs communs que sont les supplices, l'affliction. L'Assemblée générale des nations unies dans une résolution⁷³⁸ décrivant la torture comme étant « *une forme aggravée et délibérée ou de traitement cruels, inhumains ou dégradants* » confortait cette condamnation conjointe.

Force est de constater que les buts communs de ces actes constituent les effets de l'excision qui consiste à l'ablation du clitoris chez la femme. Généralement pratiquée délibérément sous des formes coutumières sans aucune assistance médicale parce que condamnée, elle inflige aux personnes qui en sont soumises de très graves douleurs et est de plus, cause des saignements excessifs, de gonflement des tissus génitaux, des fièvres, des infections, de lésion des tissus génitaux. Du reste, complications à long terme s'ensuivent, entre autres, miction douloureuse, infections des voies urinaire, règle douloureuse, difficulté d'écoulement du sang menstruel, risque élevé de complication lors de l'accouchement (accouchement difficile, hémorragie, césarienne, nécessité de réanimer le nourrisson)⁷³⁹. Notons qu'autant que les enfants, des personnes âgées en sont soumises contre leur gré sous peine d'être privées de certaines considérations comme le fait de ne pas être enterrées avec les rituels d'usages⁷⁴⁰. Donc le premier

⁷³⁶ Communication 103/93, 21^{ème} session, (octobre 1996), dixième rapport annuel d'activités, 1996-1997.

⁷³⁷ Voir l'arrêt *Dikme c/ Turquie* du 11 juillet 2000, p. 186, § 93.

⁷³⁸ Article 1 de la résolution 3452 (xxx) adoptée par l'assemblée générale des nations unies le 9 décembre 1975.

⁷³⁹ <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>

⁷⁴⁰ SOW F., « Mutilations sexuelles féminines et droits humains en Afrique », *Clio, histoire femme et société* n°6 2005, p. 2.

alinéa de l'article 6 de la Constitution guinéenne de 2010 constitue indirectement la base textuelle d'une interdiction de pratiquer l'excision.

Il est par ailleurs conforté par le second alinéa qui interdit toute tentative de modernisation de l'excision par l'implication d'un médecin⁷⁴¹. Ceci est constitutionnellement répréhensible, parce qu'elle correspond à l'exécution d'un acte manifestement illégal⁷⁴². En d'autres termes, un agent de l'Etat, médecin en l'occurrence qui, sur ordre d'un responsable hiérarchique pratique l'excision par l'usage des moyens modernes, aura exécuté un ordre manifestement illégal et s'expose à des sanctions. L'illégalité manifeste de l'ordre est liée à la nature de l'acte ordonné et que les textes incriminent. Elle est confortée par « l'inconventionnalité » de l'acte. Il s'agit, sans tenir compte de l'existence des instruments internes de prohibition de l'excision et sur le fondement des conventions internationales celles relative aux droits des enfants et l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes, de désapprouver l'exécution d'une pratique dont l'instruction est donnée à un subordonné dans une structure hospitalière publique ou privée. Cette considération résulte du fait que l'Etat soit parti à une telle convention qui lui est opposable, parce qu'elle l'a signée et ratifiée.

Bien qu'étant intéressante, cette consécration constitutionnelle reste fragmentaire. Elle omet de soumettre les responsables hiérarchiques aux mêmes interdictions que les subordonnés. Il y a donc une rupture d'égalité. Pour combler ce vide, nous affirmons que si l'ordre, en raison de son caractère manifestement illégal ne doit être exécuté, sur le fondement de la même illégalité, il ne doit être donné. Concrètement il s'agit d'interdire à tout donneur d'ordre d'une structure de soins privée ou publique d'en envisager d'illégal ou l'en dissuader et d'interdire à tout subordonné de tenter son exécution. Il s'agit de conclure, d'une double obligation constitutionnelle d'abstention justifiée par la légalité et le respect de l'Etat de droit. C'est cette précision qui semble avoir été donnée par le législateur guinéen en d'autres termes, dans l'article 13⁷⁴³ de la loi relative à la santé et à la reproduction et dans l'article 407 du Code de l'enfant, précédemment exposés⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ <https://www.excisionparlonsen.org/comprendre-lexcision/cartographie-mondiale-des-pratiques-dexcision/guinee/2018>.

⁷⁴² Loi n°2000/01/AN de juillet 2000 portant sur la santé de la reproduction qui réaffirme la prohibition explicite faite par le Code pénal de 1969, à l'article 265.

⁷⁴³ En 2000 dans une loi relative à la santé et à la reproduction il précise à l'article 13 que « sous réserve des dispositions du Code pénal, les actes attentatoires aux droits en matière de santé sexuelle, seront incriminés et pénalement réprimés »,

⁷⁴⁴ il explicite le régime d'interdiction constitutionnelle, par le Code de l'enfant qui dispose aux termes de l'article 407 que « quiconque par des méthodes traditionnelles ou modernes saura pratiquer ou favoriser les mutilations

Ces législations constituent la mise en œuvre de la consécration constitutionnelle de la santé en général. Elles en sont protectrices, parce qu'elles proscrivent une pratique qui dégrade le corps humain, dénature sa perfection et empêche son développement. Elles procèdent toutes de l'analyse de la déclaration, qui sert de fondement à la création d'une liberté de procréation.

Paragraphe II- L'institution d'une liberté de procréation sur le fondement du constitutionnalisme universel

L'égalité, traitement identique des individus, est diversement appréhendée par chaque Etat avec des aménagements. Nous faisons de sa consécration par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, que nous percevons à l'issue des analyses constitutionnelles, comme un texte du droit positif, le fondement de l'institution d'une liberté de procréer. Cette dernière qui procède du mariage et surtout du consentement qui en constitue le déterminant, pourrait être perçue comme une catégorie de liberté naturelle et d'un droit (droit à la liberté) dont les jouissances sont égalitaires (A). Elle constitue dans l'ordre juridique interne, une prérogative que des individus, bien que liés par un acte civil (le mariage) qu'ils ont librement sollicité de l'Etat, devraient exercer distinctement. Il s'agit d'un processus d'individualisation qui a pour fondement le respect de la vie privée de chacun (B).

A- La liberté de procréer déductible de l'égalité universelle

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en droits et en dignité... »⁷⁴⁵. De l'analyse multidisciplinaire de cet article de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, naît une double conception de la liberté dont bénéficie tout être humain. La première fait d'elle un droit de naissance, donc une liberté naturelle acquise dès la naissance par opposition à celle qui constitue une idée démocratique conçue et garantie par constitutionnalisation⁷⁴⁶. Cette première

génétales féminines ou y aura participé, se rend coupable de violences volontaires sur la personne de l'excisée. Là toutes les formes que prend la pratique se trouvent concisément incriminées ».

⁷⁴⁵ Article premier de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

⁷⁴⁶ Il s'agit des libertés d'expression, d'opinion, de manifester consacrée par les différentes Constitutions et garantie par elle. La Constitution guinéenne en dispose en ses articles 7 et 24 : « chacun est libre de croire de penser, de professer sa foi religieuse, ses opinions politiques et philosophiques ; il est libre d'exprimer, de manifester, de diffuser ses idées et opinions par la parole, l'écrit et l'image... ». « La loi garantie à tous les libertés et les droits fondamentaux. Elle détermine les conditions dans lesquelles, ils s'exercent. Elle ne peut fixer dans limites à ces libertés et à ces droits que celle qui sont indispensable au maintien de l'ordre public et de la démocratie... »

catégorie est mentionnée dans la Déclaration française de 1789⁷⁴⁷. Elle est juxtaposée avec la sureté, l'égalité et la propriété dans celle du 24 juin du 1793 qui les qualifie de « *droits naturels et imprescriptibles* »⁷⁴⁸. Dans cette conception française, cette liberté procède du respect du principe d'égalité. L'Assemblée constituante de 1793 éprise d'une Constitution libre en donnait succinctement des précisions : *la liberté a pour principe la nature, elle a pour règle la justice et pour sauvegarde la loi*⁷⁴⁹. C'est-à-dire que si la liberté est un droit de la nature, sa jouissance doit être garantie et organisée par la justice qui en assure l'équilibre sur le fondement des législations. La justice, sans tenir compte des démembrements philosophiques (commutative et distributive)⁷⁵⁰ prône le juste⁷⁵¹. Son intervention doit dissiper les inégalités et prohiber toute discrimination injustifiée surtout dans la jouissance des droits⁷⁵². Donc, bien que la liberté perçue comme droit de naissance ait une origine naturelle, elle doit être associée à l'égalité. Par exemple ce principe d'égalité régit l'exercice de la liberté de consentir qui détermine la volonté d'un individu de s'associer à d'autres et de prendre des décisions en rapport avec sa vie privée, son intime en étant exempt de tout regard et de tout jugement⁷⁵³.

Contrairement à cette première conception, une seconde découle de l'analyse de l'expression « *égalité en droit* ». Celle-ci est consacrée sous plusieurs formes par la Constitution guinéenne de 2010. D'abord, elle y indiquée comme l'une des fonctions essentielles que cet Etat doit assurer par l'entremise de ses autorités : « *Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans*

⁷⁴⁷ « *Les hommes naissent et demeurent libre et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* » article premier.

⁷⁴⁸ Cette mention est faite cumulativement par les deux premiers articles. « *Le but de toute société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles* ». « *Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sureté, la propriété* ».

⁷⁴⁹ Article 6 de la déclaration française de 1793 « *la liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui ; Elle a pour principe la nature ; pour règle la justice ; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : ne fais pas à autrui, ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait* ».

⁷⁵⁰ *La justice distributive s'efforce de résoudre des conflits de répartition d'un ensemble de bien entre des individus. Il s'agit de trouver des procédures impartiales ou de bonnes règles pour parvenir à un partage jugé équitable.... La justice commutative prétend à veiller à une égalité arithmétique dans les échanges.* Voir FORSE M., PARODI M., « La justice distributive et la hiérarchie des principes selon les Européens », *Revue de L'OFCE* n° 98, 2006, p. *Lexique des termes juridiques*, édition Dalloz, 2018, p. 422.

⁷⁵¹ *Lexique des termes juridiques* Dalloz, édition 2018, p. 421.

⁷⁵² C'est la conception constitutionnelle de l'égalité, qualifiée de « *déterminé* », qui consiste en son application dans un domaine précis, la justice notamment. Celle-ci consistera à faire respecter tous les droits afférents à la justice comme le droit à un procès équitable. Voir GAIA P., MELIN-SOUCRAMANIEN F.,&alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, édition Dalloz, 2013, p.507

⁷⁵³ ZIELINSKI A., « Libre choix. De l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société*, vol 32, n°131 2009, p. 15.

*distinction d'origine, de race d'ethnie, de sexe, de religion et d'opinion... »*⁷⁵⁴. Puis elle est précisément énoncée comme un mode de traitement des citoyens de tout genre : « *Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes ont les mêmes droits* »⁷⁵⁵. Cette seconde forme de consécration est l'exposé concis de son sens propre que met en œuvre le législateur et c'est en celle-ci que s'identifie la thèse que nous défendons. Comme l'indique l'article sujet de commentaire, il ne s'agit pas ici d'un seul droit dont le principe de jouissance est l'égalité, mais de plusieurs parmi lesquels figure « le droit à la liberté », une liberté garantie constitutionnellement par chaque Etat. Il s'agit, contrairement à la conception privative que détaille Olivier De SCHUTTER⁷⁵⁶ en commentant l'article 9⁷⁵⁷ du pacte international relatif aux droits civils et politiques sur le fondement des observations du Comité des droits civils et politiques⁷⁵⁸, d'une autre qui s'apparente à la liberté personnelle fondée sur la libre détermination et le libre développement de sa personnalité. C'est de l'autodétermination qui fait du sujet droit maître de lui-même.

Cette conception et celle qui la précède sont traductibles par la liberté de se marier, reconnue par la Déclaration universelle des droits de l'homme⁷⁵⁹. Le Conseil constitutionnel dans sa décision, maîtrise de l'immigration de 1993, les consacrent en indiquant que figurent parmi les droits et libertés constitutionnellement garantis « *la liberté individuelle, la liberté de sureté, la liberté*

⁷⁵⁴ Article premier de la Constitution guinéenne de 2010.

⁷⁵⁵ Article 8 de la Constitution guinéenne de 2010.

⁷⁵⁶ HERACLES A., BALGUY-GALLOIS A., DE LA HOUGUE C., &alli, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, dir DECAUX E., Paris, édition, Economica, 2011 p. 245.

⁷⁵⁷ « *Tout individu a droit à la liberté et la sécurité de sa personne, nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est que pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi. Tout individu sera informé au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification dans le plus court délai de toute son accusation portée contre lui. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention des personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Tout individu victime d'arrestation et de détention illégale a droit à réparation. »*

⁷⁵⁸ Observation n° 8, article 9 compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes traités, UN. Doc. HRI /GEN/1/REV.1.

⁷⁵⁹ « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, on le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des égaux au regard du mariage, durant le mariage et durant la dissolution. Le mariage ne peut être conclu qu'avec la libre et le plein consentement des futurs époux. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat* ».

d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie de famille normale »⁷⁶⁰. Perçue comme une liberté matricielle, elle était qualifiée d'une liberté individuelle sur le fondement de l'article 66 de la Constitution française de 1958. Mais des analyses démontrant que la liberté individuelle est restreinte à la sureté⁷⁶¹, incitent à préciser que la liberté de mariage est détachée de la liberté individuelle⁷⁶² et rattachable à la liberté personnelle fondée sur les articles 2 et 4 de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789⁷⁶³. Concrètement cette liberté de mariage s'explique par l'absence de toute contrainte ou le respect de l'expression du consentement qui détermine la volonté manifeste des individus de s'associer les uns aux autres. Elle constitue le point de départ de l'exercice d'une autre liberté, celle de procréer, perçue comme la résultante d'une double auto-détermination (celle du genre féminin et masculin)⁷⁶⁴. En d'autres termes, la liberté du mariage fondée sur le consentement jette les bases du droit-liberté de procréer mais elle n'en assure pas la régulation et la conduite. Il faut bien qu'il y ait au préalable l'exercice d'une liberté qui détermine l'association des individus mais il en faut plus pour procréer. Cette illustration proscriit la procréation faite par violence, plus précisément à l'issue d'un viol⁷⁶⁵ ou celle non consentie dans le cadre mariage. Les lois sur la santé et la reproduction adoptée par quelques Etats d'Afrique de l'Ouest et du centre ont consacré ce droit de procréer. Celle du Bénin qui est la plus vaste et illustrative dispose aux termes de l'article 3 : « *Tout individu, tout*

⁷⁶⁰ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* Rec. P. 224, cons. 3.

⁷⁶¹ ARMAND G., « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, n° 65, 2006 p. 37.

⁷⁶² Décision n°97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec. P. 45, cons. 10/38 ; Décision n° 99-419 DC, 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116, cons. 62/69.

⁷⁶³ Décision n°2003-484DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, Rec. P. 438, cons. 94 ; Cc, déc. n° 2006-542 DC, 9 novembre 2006, *Loi relative au contrôle de la validité des mariages*, Rec. P. 112, cons. 4.

⁷⁶⁴ Il faut cependant préciser que cette double autodétermination s'expliquant par la conjonction de deux libertés peut se muer en triple lorsqu'un couple infertile décide de faire recours à une insémination artificielle, et sollicite les substances biologiques d'un donneur.

⁷⁶⁵ Autrement nous pouvons l'expliquer par le droit à l'avortement pour viol consacré dans les textes d'expression française. Il constitue l'autre facette de l'exercice de la liberté de procréation ou de l'interdiction de la procréation qui ne résulte d'un échange libre de consentement. Ainsi, la procréation étant un acte consécutif à un état de grossesse qui suit un stade de développement, peut être volontairement interrompu si elle a été entraînée par un viol. Dans le code pénal guinéen aux termes de l'article 265 l'illustre : « *il n'y a pas d'infraction lorsque l'interruption de la grossesse est nécessitée par la sauvegarde la vie de la mère gravement menacée ainsi que dans le cas de la grossesse précoce, de viol, d'inceste et d'affection grave de l'enfant à naître* ». Pour préciser le viol est un acte de contrainte qui contrevient au consentement, et peut produire une grossesse. Aux termes de l'article 268 du code pénal guinéen, il définit et interdit : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise constitue un viol. Le viol est puni de la réclusion criminelle de 5 à 10ans* »

couple a le droit de décider et avec discernement, de la taille de sa famille et de procréer au rythme de son choix dans le respect des lois en vigueur, de l'ordre public et des bonnes mœurs »⁷⁶⁶.

Consacré de façon imprécise dans ce texte, ce droit-liberté de procréer précise autant les textes français que tant d'autres textes d'expression française, ceux de la Guinée en l'occurrence. Explicitement l'individu ne peut procréer seul et ne peut décider seul de fonder une famille. Il en prend l'initiative ou en décide dans une vie de couple, sollicitant le consentement d'un autre (le conjoint ou la conjointe) qui est libre de le donner ou non. Les individus (genre féminin et masculin) forment un couple, décident de procréer, avec discernement. En ce sens, ils décident de la taille de la famille. Pour ne pas être trop intrusif dans la vie privée, le législateur s'est abstenu de le codifier manifestement comme étant corollaire du mariage. Il s'est limité à quelques droits et devoirs énoncés dans l'article 212, 213, 215 du Code civil⁷⁶⁷. Il n'est pas exagéré de l'envisager et limiter son exercice dans le respect de l'ordre public. Ordre public comme respect de la dignité humaine et traitement humain s'opposant au viol et à la violence que l'Etat s'engage à respecter et à faire respecter. C'est une extension personnelle que nous faisons sur la conduite de la vie privée ou la vie en famille.

Notons pour préciser que l'Etat doit protéger et encadrer cette jouissance du droit de procréer. Il en assure sa garantie en créant les conditions et les services pour aider les couples qui ont des difficultés de concevoir ou des couples stériles. C'est ainsi qu'a été légalisée l'assistance médicale à la procréation ou la procréation médicalement assistée qui a deux composantes : l'insémination artificielle qui consiste à prélever le sperme du conjoint ou d'un donneur pour l'injecter directement dans l'utérus de la femme de façon synchronisée avec l'ovulation et la

⁷⁶⁶ Loi n°2003-4 du 3 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction : <https://www.prb.org/wp-content/uploads/2018/05/Loi-n%C2%B0-2003-04-du-03-Mars-2003-Relative-a-%CC%80-la-Sante%CC%81-Sexuelle-et-a-%CC%80-la-Reproduction.-Be%CC%81nin.pdf>. Voir aussi à propos l'article 9-2 de la loi n°2005 relative à la santé de reproduction : <http://www.assemblee-nationale.sn/loi-relative-a-la-sante-de-la-reproduction-1160.xml>; Et loi guinéenne n°2000/01/AN de juillet 2000.

⁷⁶⁷ « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance ». « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». « Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent de commun accord. Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux époux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : L'action en nullité est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ».

fécondation *in vitro* qui consiste à provoquer la rencontre d'un spermatozoïde et des ovules en laboratoire⁷⁶⁸. Le premier procédé confirme qu'il faut l'exercice de deux ou voire trois libertés pour procréer. Donc, la double auto-détermination peut se muer en triple fondée sur la sollicitation du consentement d'une tierce personne qui est le donneur. Ceci sous-entend que cette notion de droit de procréation basée sur la constitution d'un couple (homme et femme) est relative. Cette relativité est une précision à laquelle il faut joindre tant d'autres caractéristiques qui situent le droit de procréer dans l'ordre juridique étatique et permet de mieux l'appréhender.

B- La liberté de procréation, droit cardinal de l'ordre juridique interne

Ce droit-liberté a une nature propre. Il procède d'une personnalisation permanente des droits que nous fondons ici sur une interprétation de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Eu égard aux théories sus-énoncées qui sont basées sur une combinaison de notions de droit privé et public, nous réalisons que l'individu a une vie privée constitutionnellement garantie⁷⁶⁹, même dans le couple. Cette conception paraît paradoxale, parce qu'en dehors de toute analyse et en se limitant qu'aux législations liées mariage⁷⁷⁰ il appert qu'aucune vie ne peut être menée isolement dans le mariage. Il y a une cristallisation de deux intimités par le législateur. Pourtant ce n'est que la simple conclusion d'un acte civil qui lie théoriquement deux destins, mais pas des sujets de droit, deux corps qui demeurent distincts et maître d'eux-mêmes quand bien même, ils ont consenti de mener une vie commune. Ceci est précisé dans la Déclaration universelle, considérée comme ayant une valeur constitutionnelle par renvoi du préambule. En disposant que « *l'Homme et la femme ont le même droit durant le mariage* »⁷⁷¹ elle exprime une égalité dans la jouissance des droits civils, conséquence d'une reconnaissance d'être titulaire des droits. Ainsi,

⁷⁶⁸ http://www.academie-medecine.fr/?sfid=1000033776&sf_s=ins%C3%A9mination%20artificielle

⁷⁶⁹ MAZEAUD V., « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel*, n°48 2015, pages 7-20.

⁷⁷⁰ « *Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance* ». « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ». « *Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent de commun accord. Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux époux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : L'action en nullité est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous.* » Article 212, 213, 215 du Code civil français.

⁷⁷¹ Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

la personne physique se trouve dotée des droits dont la garantie est assurée par constitutionnalisation et ne peut faire l'objet de restriction qu'en cas de nécessité publique⁷⁷². C'est-à-dire que l'individu qu'il soit mineur ou majeur, pendant toute son existence juridique dispose des droits qui sont respectés par les pouvoirs publics.

Il y a là, une personnalisation civile des droits soutenue constitutionnellement et la distinction de deux sujets de droit qui, même ayant des intérêts liés, sont dissociés au regard du droit. Le droit patrimonial contribue à cette précision. *A priori* le couple semble y être une sorte de personne morale destinataire des droits. Mais, après analyse, nous constatons que sont concernées par ces droits chacune de ses composantes, c'est-à-dire les personnes physiques. La loi du 23 décembre 1985⁷⁷³ matérialisant un désir d'autonomie grandissante, instituant l'égalité des époux, notamment les devoirs et droits à assumer par chaque conjoint est aussi une parfaite illustration.

C'est dans cette configuration civile de l'individualisation que se situe le droit de procréation, qui est un attribut du mariage, mais celui de la personne physique qui en est seule titulaire. En d'autres termes, le droit de procréation a la même caractéristique individuelle que tous les autres droits circonscrits par le législateur. La seule différence est que son exercice résulte d'une liberté ou et non un devoir. Ceci correspond à l'expression « j'ai le droit de procréer, je procrée quand je veux ».

En définitive, cette considération du préambule constitutionnel sans l'avis du juge se révèle être finalement importante, car elle permet la prise en compte des textes pouvant être le fondement des droits-libertés en plein usage et à l'origine de la vie humaine. Cette perception doit être confortée par une pratique de rigidification de la constitution que nous aborderons dans les lignes qui suivent.

⁷⁷²GERVIER P., « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *Nouveau cahier du Conseil constitutionnel*, n°45, 2014, pages 105 à 112.

⁷⁷³ Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

Chapitre II - La perception rigide du bloc de constitutionnalité guinéen, une garantie pour la santé citoyenne

Autant en France qu'en Guinée, la jurisprudence constitutionnelle substantiellement promotrice de la protection des droits, définit les limites d'intervention des pouvoirs publics : en France, en 1958, le Conseil constitutionnel est d'abord consacré protecteur d'une institution républicaine. A ce titre il veillait à ce que le législateur n'empiète sur le domaine de l'exécutif⁷⁷⁴. Puis, cette compétence se verra écartée par celle de la protection des droits et libertés fondamentales, qu'il exerce soit directement en contrôlant la constitutionnalité des lois qu'adopte le législateur ou par ricochet en censurant celui-ci de s'être abstenu d'épuiser sa compétence favorable à la jouissance des droits. Donc, l'activité du juge constitutionnel demeure régulatrice des pouvoirs publics⁷⁷⁵. Toutefois, cette appréhension est mitigée par la régulation de la jouissance des droits et libertés : il s'agit concrètement de l'invalidation d'un abus d'exercice qui peut résulter d'une perception erronée des dispositions constitutionnelles. Une situation concernant le Conseil constitutionnel et l'individu, son protégé, que nous pouvons prévenir en présentant autant que possible la portée de certaines consécutions constitutionnelles notamment leur caractère contraignant auquel est liée l'efficacité. En considération de cette théorie nous précisons que l'expression « *Avoir le droit et le devoir d'éduquer et d'assurer la santé physique et mentale* »⁷⁷⁶ consacrée dans la Constitution guinéenne de 2010 est convertible en une obligation, celle d'éduquer « à la santé » ou « dans les limites des exigences sanitaires » (section I). Ce caractère impératif doit couvrir la « promotion sanitaire » qui apparaît dans cette même Constitution comme un devoir (section II).

⁷⁷⁴ Le Conseil constitutionnel était considéré comme « le chien de garde » du pouvoir législatif, ce que laissait comprendre le sens classique de l'article 34 de la Constitution française de 1958.

⁷⁷⁵ Dans sa décision du 6 novembre 1962, il se définit comme régulateur de l'activité du pouvoir public. Il dégagait ainsi cela des termes « *l'esprit des textes constitutionnel* » à l'origine. Suite à la critique des députés en 1992, dans la décision *Maastricht III*, affirmant essentiellement qu'il était difficile de percevoir le Conseil constitutionnel comme simple régulateur du pouvoir public, et aux révisions constitutionnelles de 1962, 1963, 1974, 1976 et 1992, il a tenu à non seulement supprimer les références à l'esprit du texte constitutionnel, mais au Conseil constitutionnel régulateur des activités du pouvoir public. Il laissait clairement comprendre qu'il était devenu un organe essentiellement chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et de la protection des droits fondamentaux. Décision n°92 313 DC du 23 septembre 1992, *Maastricht*.

⁷⁷⁶ Article 18 de la Constitution guinéenne de 2010.

Section I- L'obligation constitutionnelle d'éduquer à la santé et/ou dans les limites des exigences sanitaires

La concordance du droit civil avec le droit constitutionnel établi par des œuvres juridiques depuis le XIX siècle⁷⁷⁷ a pour finalité la protection des droits et libertés fondamentales. Ceci pourrait être illustré par la double sémantique d'une consécration constitutionnelle guinéenne : la première établit qu'« avoir le droit d'éducation à la santé » traduit une obligation résultant d'une double exigence que sont le respect du régime répressif des libertés et celui l'ordre public restreint ici à la sécurité notamment sanitaire, l'une des trois composantes initiales (Paragraphe I) ; la seconde démontre que la « parentalité » est une responsabilité ou une fonction juridique éducative qu'assument soit des parents soit des tierces personnes par concession en observant des exigences essentiellement sanitaires (la santé, la sécurité, la moralité), selon le Code guinéen de l'enfant et conjointement avec l'Etat qui doit s'assurer qu'il ait un minimum d'instruction liée à la protection de la santé (Para II).

Paragraphe I - Une obligation constitutionnelle résultant d'une double exigence

La constitutionnalisation d'« avoir le droit d'éducation à la santé » se traduit par une liberté personnelle, celle d'éduquer à la santé qui s'exerce en toute autonomie. Bien qu'elle ne soit pas soumise à une autorisation préalable, son exercice est ou doit être respectueux des législations. Ces dernières, substantiellement sanitaires, précisent des consécration constitutionnelles portant notamment sur le droit à la protection de la santé distinctement accordé aux enfants eu égard à leur manque de lucidité (A). Cette exigence pourrait être affinée par la « sécurité sanitaire infantile » qui constitue un dérivé de la sécurité, l'une des trois composantes initiales de l'ordre public qui prône un Etat social. Elle constitue une extension de l'appréhension de cette notion dont elle émane, comme « la valeur essentielle du consensus social et du système juridique »⁷⁷⁸ conjointement faite par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat (B).

⁷⁷⁷ HARMATHY A., « Droit civil-Droit constitutionnel », *Revue international de droit comparé*, n°50-1, 1998, pages 45-66.

⁷⁷⁸ Ordre public : regard croisé de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

A- L'exigence relative au régime répressif des libertés

L'expression « *avoir le droit d'assurer l'éducation et la santé physique ou morale* » se résume en une seule responsabilité, celle de garantir l'éducation à la santé ou d'en faire bénéficier. La garantie de la santé physique et morale étant un aspect non négligeable de l'éducation prise isolement. C'est à juste titre que Castillo affirmait que « *L'éducation à la santé est une partie de l'éducation générale et, en tant que telle, elle doit réunir les mêmes caractéristiques, surtout en ce qui concerne la révision fréquente des objectifs éducatifs et la participation active des enseignants au niveau de la planification, du développement...* »⁷⁷⁹. Elle fait partie des prérogatives qu'accorde l'Etat aux sujets de droit par constitutionnalisation, mais son libre exercice par ceux-ci doit toutefois observer les limites des lois, sous peine de s'exposer aux sanctions.

En effet, consacré dans la Constitution guinéenne, en juxtaposition avec « *le devoir d'éduquer* », « *le droit des parents d'assurer l'éducation à la santé* », apparaît comme un droit-liberté accordés aux individus dans un Etat⁷⁸⁰. Il est en d'autres termes, l'un des droit-libertés publiques⁷⁸¹ perçus comme étant « *des prérogatives consacrées par des sources supra-législatives, principalement aménagées par la loi car son contenu est moins relatif à l'existence même d'un sujet qu'à son action dans la société* »⁷⁸². Distinct des droit-libertés collectifs ou d'agir collectivement, il relève des droit-libertés individuels. Ces derniers, renvoient à l'origine, aux pactes anglais, plus précisément au concept Habeas corpus institué en 1679 par le parlement anglais lors de la révolution en vue d'une vérification de la légalité de détention d'un individu par un juge. Il s'agissait concrètement de protéger l'individu contre l'arbitraire et d'assurer le respect des détenus et des inculpés. Ils traduisent la liberté de mouvement, le droit de ne pas être entravé dans son activité physique, de pouvoir se soustraire au pouvoir, d'être propriétaire de soi et donc

⁷⁷⁹ TARQUINIO C., FISCHER G., « L'éducation à la santé », *Les concepts fondamentaux de la psychologie de la santé*, Paris, édition DUNOD, 2014, p. 194. L'Organisation mondiale de la santé, pour conforter, précisait dans la 36^e assemblée mondiale de la santé, que « *l'éducation à la santé doit être perçue comme tout ensemble d'activités d'information et d'éducation qui incitent les gens à vouloir être en bonne santé...* ».

⁷⁸⁰ MURIEL F., « Chapitre premier- Le droit et les droits », *Introduction au droit*, Paris, cedex 14, presse universitaire de France « Que sais-je ? » 2016, p. 5. Voir aussi ISRAEL L., « Qu'est-ce qu'avoir le droit ? Des mobilisations en perspective sociologique », *Sujet de la cité*, n°3, 2012, pages 34-35.

⁷⁸¹ Il s'agit du droit à la liberté reconnu par les textes constitutionnels et internationaux. Voir à propos HERACLESA., BALGUY-GALLOIS A., *Op.cit*, 2011 p. 245

⁷⁸² BIOY X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Extensio, 3^{ème} édition, 2014, p. 508.

d'exiger que la puissance publique s'interdise toute emprise, sur toute propriété individuelle où s'exerce l'autonomie individuelle⁷⁸³.

En France, la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes des articles 7, 8 et 9, énonce par des notions de liberté cette perception qui correspond à la sureté : la légalité des délits et des peines, la présomption d'innocence, de multiples garanties prévues pour empêcher l'incarcération injuste. Ce contenu sera concrétisé dans la troisième République avec l'institution de l'autorité judiciaire compétente pour la protection de la liberté individuelle⁷⁸⁴. Cette liberté, selon le Conseil constitutionnel français dérive de la liberté personnelle. Il choisit cette dénomination pour désigner toute liberté qui se manifeste de façon autonome surtout celles qui sont prévues dans les articles 2 et 4 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁷⁸⁵. Elle est donc une liberté matricielle. A cette liberté personnelle nous confondons celle d'éduquer à la santé que garantie la Constitution guinéenne. A l'instar des autres libertés précédemment énoncées, elle a pour principale caractéristique l'autonomie. Elle s'en distingue du fait qu'elle procède de l'adjonction de l'« éducation »⁷⁸⁶ qui promeut la conscience, à la « la santé »⁷⁸⁷ qui réclame un état physique, social, environnemental. Elle résulte donc de l'usage d'une psychologie morale qu'est la conscience pour la prévention, la protection et la restauration de la santé⁷⁸⁸. Enfin, elle est faite d'un rapport étroit entre les parents et leurs enfants. Elle n'apparaît donc pas comme une liberté dont la jouissance nécessiterait forcément l'intervention de l'Etat. Au contraire, elle constitue « *une capacité d'appartenance propre et est défendue de l'empiètement de l'Etat ou du pouvoir* » comme l'indique François Rangeon⁷⁸⁹ établissant la principale caractéristique de ces libertés individuelles dont elle relève. C'est d'ailleurs, cette dernière caractéristique qui éviterait de la confondre à un droits-créances, car ce dernier, dans sa réalisation, fait naître au bénéfice de l'individu « *une garantie à une prestation*

⁷⁸³ BIOY X., *op.cit*, p. 509.

⁷⁸⁴ L'article 66 de la Constitution de 1958 constitue le fondement de cette protection.

⁷⁸⁵ Décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, loi portant amnistie.

⁷⁸⁶ Elle peut autant être perçue comme un droit, c'est-à-dire le droit d'éduquer ou les enfants, celui d'en recevoir, même plus décemment. Cette décence se rapporte au caractère sanitaire.

⁷⁸⁷ Précisions cependant que la santé à cause de ses attributs, fait qu'elle est parfois perçue comme une liberté. Il s'agit par exemple de la liberté de consentir à des soins, dont l'exception est l'hospitalisation des personnes mentalement affectée, sans leur accord, à la demande d'une tierce personne ou l'autorité. Voir à propos PELICIER N., « Un consentement pleinement libre et éclairé ? », *LAENNEC*, N°4, 2011, p.25.

⁷⁸⁸ De FORGES J., *Le droit de la santé*, Paris, édition PUF, 2016. P.7

⁷⁸⁹ https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/37/francois_rangeon.pdf_4a083159afa30/francois_rangeon.pdf

matérielle publique », selon Laurence Gay⁷⁹⁰. Cette précision établit le contraste entre ce « droit-liberté d'éduquer ou d'assurer l'éducation à la santé » qui est une consécration guinéenne et « le droit à l'éducation » à la santé, consécration française d'un double sens : l'intervention de l'Etat profitable à l'enfant sous couvert ses parents ou ceux qui assurent l'autorité parentale et la soumission de ces derniers par la puissance publique à des exigences sanitaires dans le cadre de l'éducation. En exemple la prééminence de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'illustre le fait pour le juge de l'enfant de passer outre le refus des parents, pour autoriser une transfusion sanguine ou toute opération indispensable pour la santé de leur enfant. Dans cette même logique le Code de la santé publique français, en ces termes dispose «...*Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables* ..»⁷⁹¹

Soulignons que s'il a des particularités, l'exercice de cette liberté est délimité comme celui des autres. Il ne s'inscrit pas dans une logique d'obligation de conscience qui n'est assortie d'aucune sanction⁷⁹² et doit être respectueux des lois et règlements. Concrètement, il relève du régime répressif d'exercice des libertés qui n'exige ni autorisation ni déclaration préalable, mais est en revanche passible de sanction dès qu'il s'avère attentatoire aux lois et règlements. Cette exigence est toutefois subordonnée à l'existence préalable des normes claires y afférentes⁷⁹³. L'exemple de la consécration du droit à la santé et au bien-être physique⁷⁹⁴ par la Constitution guinéenne de 2010. C'est une exigence constitutionnelle de l'Etat ainsi que de l'individu, une éducation essentiellement protectrice de la santé physique et mentale. En d'autres termes, « *avoir le droit d'éduquer et d'assurer la santé physique et mentale* » cristalliser en une seule responsabilité juridique qui est l'éducation à la santé, est un impératif constitutionnel dont la mise en œuvre doit être confondue à l'exigence constitutionnelle, du « *droit à la santé physique et mentale* ». En clair, l'exercice de l'éducation à la santé promeut la santé elle-même, un objectif de valeur

⁷⁹⁰ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-notion-de-droits-creances-a-l-epreuve-du-controle-de-constitutionnalite>

⁷⁹¹ Article L1111 du Code de la santé publique.

⁷⁹² Nous faisons allusion au terme « devoir » mentionné dans la disposition Constitutionnelle. Pris isolément il renvoie ordinairement aux seuls devoirs moraux. Le devoir moral s'oppose par définition à l'obligation juridique. L'homme se conformerait à la seconde par simple peur du châtement, de la sanction, et donc de manière plus ou moins forcée, alors que le devoir moral oblige intérieurement et implique le plein consentement de l'individu. Voir DURKHEIM E., *sociologie et philosophie*, PUF, 1963, pages 77-80.

⁷⁹³ MORANGE J., « introduction » *Les libertés publiques*, Paris, édition, PUF, pages 5-12.

⁷⁹⁴ L'article 15 de la Constitution Guinéenne de 2010.

constitutionnelle et doit par conséquent s'inscrire dans le cadre des programmes d'action qui s'y rapportent. Les législateurs guinéen et français précisent à travers l'assistance éducative dont l'institution est subordonnée au constat des menaces parmi lesquelles figure celle sanitaire⁷⁹⁵. La santé est alors le double déterminant. Elle est sa principale composante et en constitue la limite normative à ne pas enfreindre sous peine de subir des sanctions, la perte de l'autorité parentale, sa délégation forcée entre autres. Ces peines, dans le Code pénal guinéen, sont les conséquences du délaissement ou de l'abandon d'une personne qui n'est pas à mesure de se protéger⁷⁹⁶, ce qui constitue un désintérêt manifeste des parents, préjudiciable à la santé qui constitue une exigence législative⁷⁹⁷. C'est un manquement à l'éducation infantile. En d'autres termes, éduquer sans se conformer aux dispositions constitutionnelles et législatives relatives à la santé, équivaudrait à un délaissement, un abandon et un désintérêt.

Ces illustrations textuelles démontrent l'inexistence réelle d'une liberté exempte de contrainte, l'individu ne devant l'exercer que dans les limites des normes préétablies que nous restreignons à la santé infantile. En résumé, tout parent exerçant l'éducation en substance sanitaire devra observer les normes y afférentes. Il devra aussi prendre des mesures qui en favorisent la mise œuvre. Donc, tout comme dans le cadre étatique⁷⁹⁸, il s'agit d'une obligation négative et positive

⁷⁹⁵La mesure d'assistance éducative est mise en place dans le but de protéger un enfant mineur en danger dans son milieu familial. Décidée par le juge des enfants, l'objectif est d'abord d'aider les familles à sortir de leurs difficultés. En revanche, si les causes sont graves, le juge peut définir des modalités plus strictes, dans l'intérêt de l'enfant. Aux termes de l'article 375 du Code civil, cette mesure ne peut être mise en place que si « la santé, la sécurité ou moralité d'un enfant sont en danger ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises ». Le danger peut venir d'une situation matérielle, psychologique ou encore physique : désintérêt pour l'enfant, absence d'éducation, défaut de soins médicaux, violences. Saisi par les parents, ou un d'entre eux, ou encore le service auquel l'enfant a été confié par son tuteur, le juge peut décider de fournir une aide extérieure pour surmonter leur difficulté familiale. L'enfant reste alors avec sa famille, et une personne qualifiée ou un service spécialisé est désigné pour cette mission. Il conseille la famille et suit le développement de l'enfant, et rend les rapports au juge régulièrement. Des obligations supplémentaires peuvent être imposées par le juge, conditionnant le maintien de l'enfant dans son milieu familial (Article 375 du Code civil français). S'il ne reste pas dans sa famille, l'enfant est placé chez un tiers : l'autre parent, un membre de la famille, une personne digne de confiance ou un service spécialisé. Les parents conservent alors l'autorité parentale, et peuvent bénéficier d'un droit de visite et d'hébergement. Ce droit peut être suspendu provisoirement par le juge si l'intérêt de l'enfant l'exige (article 375-7 du Code civil français). Dans les cas les plus graves, le juge peut décider de conserver l'anonymat du lieu d'accueil (article 375-7 du Code civil). Voir les articles 170 et 485 du Code Guinéen de l'enfant à propos. Voir aussi RUBELLIN-DEVICHI J., « Les enjeux actuels de l'assistance éducative », *Journal du droit des jeunes*, n°225, Vol 5, pages 28-31.

⁷⁹⁶ Article 295 du Code pénal guinéen.

⁷⁹⁷Observatoire national de la protection de l'enfance, aménagement de l'autorité parentale délaissement et intérêt supérieur de l'enfant : état des lieux du cadre légal et de la jurisprudence, octobre 2018, p.26. Voir aussi AJ Famille, retrait d'autorité parentale : les mauvais traitements par ricochet 2004, p. 401.

⁷⁹⁸Nous faisons allusions aux exigences des textes internationaux faites aux Etats : prendre des mesures pour assurer la garantie des droits la santé notamment et s'abstenir de prendre ou poser tout acte qui pourrait y être préjudiciable.

individuelle : prendre des mesures favorisant l'assurance de l'éducation sanitaire et s'interdire de prendre des décisions qui en seraient attentatoires. « *Le facultatif* » se trouve légalement écarté au profit de l'obligation. Mais ce régime répressif d'exercice des libertés qui oblige l'individu à promouvoir la santé infantile va de pair avec l'ordre public qui est aussi bien approprié.

B- L'exigence liée au respect de l'ordre public

Contrairement à la conception précédente nous appréhendons l'éducation dans les limites des exigences sanitaires, par la conciliation des libertés publiques avec l'ordre public. Il s'agit plus exactement de définir comme limite d'exercice de l'éducation, la sécurité sanitaire infantile, une nouvelle composante de l'ordre public que nous valorisons par l'application juridictionnelle du principe de proportionnalité dans les relations privées.

En effet, en droit administratif l'ordre public est défini par la sureté, la salubrité, la sécurité et la tranquillité⁷⁹⁹. Le juge constitutionnel l'a consacré en considérant que l'évacuation forcée des résidences mobiles ne peut être exécutée par le représentant de l'Etat qu'en cas de stationnement irrégulier portant atteinte à la salubrité, la sécurité et la tranquillité publique⁸⁰⁰. Cette notion peut toutefois être perçue comme la sauvegarde de la santé individuelle, eu égard à la décision de limitation des risques de propagation de la fumée⁸⁰¹. Elle indique plus largement, selon le contenu concordant des jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, « *la valeur essentielle du consensus social et du système juridique* »⁸⁰². Ainsi l'excision, la gestation pour autrui ou tout autre concept afférent à la santé peuvent être une composante. Au regard de cette dernière perception quasiment sanitaire des deux hautes juridictions, il n'est point impossible d'étendre le contenu de ce concept sur l'éducation à la santé. Nous le faisons en envisageant « la sécurité sanitaire infantile » dérivée de la sécurité, une composante initiale de la notion d'ordre

⁷⁹⁹ La notion d'ordre public est en évolution et adaptée aux mouvements sociaux et besoin protection juridiques. Elle a deux composantes : d'une part l'ordre public matériel et immatériel. Selon l'article L 2212 du CGCT l'ordre public matériel recouvre les notions de sureté, la sécurité, la salubrité publique et la tranquillité. Ces éléments constituent une tâche administrative que doit assumer la police administrative, celle municipale en l'occurrence. La disposition sus-indiquée en précise : la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sureté, la sécurité et la salubrité publique. L'aspect immatériel indique contrairement à l'autre la morale, les circonstances locales particulières, puis a été ajouté la notion de dignité humaine. A propos dans l'arrêt du Conseil d'Etat 1958, *soc des films Lutétia*, le juge administratif rappelle qu'un maire responsable du maintien de l'ordre dans sa commune peut interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film, en cas de caractère immoral du film et circonstances locales particulières préjudiciables à l'ordre public.

⁸⁰⁰ Décision 2010-13 QPC du 09 juillet 2010 M. orient et autres.

⁸⁰¹ CE 19 mars 2007, Mme le GAC et autres

⁸⁰² Ordre public : regard croisé de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat.

public comme étant une limite à l'exercice de l'éducation. La sécurité sanitaire infantile est alors une « *valeur essentielle du consensus social et une valeur essentielle du système juridique* »⁸⁰³ que l'exercice de l'éducation parentale doit strictement observer. Il s'agit donc d'en constater la proportionnalité.

Initialement instituée pour contrôler l'efficacité du législateur la proportionnalité est tirée d'une consécration juridictionnelle allemande⁸⁰⁴. Elle voudrait que la puissance publique ne restreigne les libertés qu'en cas d'irrespect de l'intérêt général et de l'ordre public. Elle apparaît d'une part comme garant des droits et libertés et d'autre part, celui de ces deux buts légitimes, lorsqu'ils s'avèrent menacés⁸⁰⁵. L'article 5 alinéa 4 du traité sur l'Union européenne du 13 décembre 2007 évoque ce principe de proportionnalité en une formule particulière selon laquelle « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* »⁸⁰⁶. Cette disposition s'adresse aux institutions de l'Union ainsi qu'au parlement. La

⁸⁰³ Selon le petit Larousse le consensus est l'accord et le consentement du plus grand nombre, de l'opinion publique. On fait allusion à une concordance d'idée des individus membre d'une société sur un sujet. Son objet est ainsi de rendre uniforme une conduite sociale en fonction des règles établies. Nous ajoutons, pour qu'un sujet fasse l'objet d'un consensus, il doit être considérable, importante, non négligeable et sensible à tel point que la société lucide dans toute sa composante ne puisse s'en passer. La constitutionnalisation et la codification en sont des illustrations que nous pouvons qualifier de consensus social « juridique ». Ceux-ci, peuvent porter sur une conduite, un fait, faisant par la suite l'objet d'une approbation référendaire ou législative. L'éducation, constitutionnalisée est ainsi un objet de consensus social juridique qui devra observer la sécurité sanitaire infantile qui en constitue. Ce dernier objet paraît plus considérable parce qu'il a une fonction essentielle, celle de limiter le premier, en rationalisant son exercice. En outre, un système juridique est, selon Cour de justice de l'union européenne un ensemble d'institutions et /ou de normes doté d'une certaine autonomie⁸⁰³. On y voit, pour préciser les différentes structures juridiques étatiques accompagnées de règles normatives, qui constituent chacune un système avec des particularités. De celui de la France, qui est notre source d'inspiration, fait partie, la sécurité sanitaire infantile, supposée composante de l'ordre public, qui a un caractère limitatif. Ceci s'explique par le fait qu'elle soit une constituante d'un ensemble de norme étatique qui constitue soit à elle seule, soit en combinaison avec des institutions un système juridique. VOIR GUILLAUME L., *Le concept de système juridique et l'argumentation de la Cour de justice de l'Union européenne, europeanuniversityinstitute, 2017.*

⁸⁰⁴ Consacré par la Cour administrative suprême de Prusse en 1882 avec l'arrêt Kreuzberg, le principe de proportionnalité découle de l'interprétation des articles 19 et 20 de la loi fondamentale allemande de 1949 qui garantissent la protection des droits fondamentaux et la défense de l'Etat de droit.

⁸⁰⁵ Le principe de proportionnalité comme moyen de protection des libertés et droits s'explique en plusieurs cas de figure. Dans le cadre constitutionnel, le juge constitutionnel constate via son contrôle que toute mesure restreignant un droit et une liberté est bien justifiée par une triple exigence, à savoir : l'adéquation, la nécessité, la proportionnalité au sens strict. Ces exigences constituent en ce sens une garantie des de l'exercice des droits. En outre, la décision législative restreignant une liberté, doit correspondre à un but légitime, celui du maintien de l'ordre public, et de l'intérêt général. Voir à propos GOESEL-LE BIHAN V., « Contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel », *Cahier du conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007. Pour plus d'information supplémentaire, JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche utilitaire du contrôle de la proportionnalité », *J.C.P.G. supplément* au n°1-2, 2016, p.20.

⁸⁰⁶ Traité sur l'Union européenne, J.O.C 326/13, art. 5 (4).

proportionnalité est donc applicable qu'à des situations et rapports quasiment publics opposant une personne morale, l'Etat en l'occurrence et une personne privée, c'est-à-dire les individus.

Pour autant, nous soutenons qu'elle est susceptible d'extension nécessaire à des relations privées notamment familiales, comportant l'exercant de l'autorité parentale, libre d'éduquer en observant la sécurité sanitaire infantile et le bénéficiaire c'est-à-dire l'enfant : il s'agit d'un rapport qui peut se détériorer par l'exercice prohibé de ce droit qui y est inhérent d'où la nécessité du constat de la proportionnalité par une juridictionnelle habilitée. Il s'agit donc, suite à la saisine d'une tierce personne⁸⁰⁷, de l'intervention du juge des enfants pour constater que les décisions éducatives que prennent l'autorité parentale, c'est-à-dire le père et la mère, répondent aux exigences de sécurité sanitaire infantile, constituées des textes constitutionnels et législatifs qui s'y rapportent. Les nécessités sanitaires exposées dans des textes doivent motiver les décisions parentales et en être une limite. Nous pouvons à propos évoquer l'exercice d'une éducation non violente. Elle est consacrée en France par la loi liée à l'interdiction des violences éducatives ordinaires pouvant porter préjudice à la santé physique et mentale⁸⁰⁸. Promulguée après la présentation d'un rapport d'état des lieux sur les violences éducatives, par le gouvernement⁸⁰⁹, cette loi a incité à un aménagement des Codes civil et d'action sociale en indiquant respectivement que : « *l'autorité parentale s'exerce sans violence physique et psychologique* »⁸¹⁰, « *une initiation aux gestes de secourisme, à la prévention des violences éducatives ordinaires ainsi qu'aux spécificités de l'organisation de l'accueil collectif des mineurs est obligatoire pour exercer la profession d'assistant maternel* »⁸¹¹.

Est donc exigé de l'individu l'exercice d'une liberté respectueux de l'ordre public perçu comme étant le respect du contenu spécifique des textes. Cet usage de la proportionnalité qui consiste à

⁸⁰⁷ Ce peut être une personne physique, membre de la famille ou une personne morale comme le service d'aide départemental d'aide sociale à l'enfance ou encore un proche digne de confiance. Ceux-ci font souvent cette sollicitation pour obtenir une délégation-partage, eu égard au désintérêt manifeste des parents qui correspond à l'éducation non respectueuse de la sécurité sanitaire infantile. Toutefois, dans ce cas, ces tierces personnes saisissent au préalable le juge des affaires familiales qui avec leur accord, saisit le ministère public qui saisit aussi le juge de l'enfant. Voir article 377-1 du Code civil français.

⁸⁰⁸ Loi n°2019-721 du 10 juillet 2019 relative à l'interdiction des violences éducatives ordinaires.

⁸⁰⁹ Rapport du gouvernement au parlement relatif aux violences éducatives. La présentation de ce rapport est consécutive à l'invalidation pour défaut de forme de cette loi par le Conseil constitutionnel français. Sous pression du Conseil de l'Europe et du comité de protection des droits de l'enfant, la France voulait dans le cadre éducatif, interdire les violences corporelles.

⁸¹⁰ Article 371-1 du Code civil français.

⁸¹¹ Article L421-14 du Code français de l'action sociale et de la famille.

constater s'il y a atteinte à l'ordre public textuel, cohabite avec une seconde selon laquelle une juridiction supérieure⁸¹², suite à l'appel des parents privés de la liberté d'assurer l'éducation, constate que la décision du juge des enfants prononçant la perte totale ou partielle de la garde, est bien justifiée par l'inobservation des exigences constitutionnelles de droit à la santé, élément caractéristique de la sécurité sanitaire infantile que précisent des législations. Est donc vérifiée la proportionnalité de la décision c'est-à-dire la perte totale ou partielle, à l'exercice pernicieux de la liberté d'éduquer. La juridiction supérieure peut ainsi à l'issue d'une interprétation⁸¹³, ne pas forcément invalider la décision si elle est disproportionnée mais instruire une révision, décidant une continuité de la jouissance de la liberté sous surveillance judiciaire. Il aurait, eu égard aux conséquences qui pourraient en résulter, atténuer la rigueur du juge des enfants, en considération de la liberté parentale dont la volonté de l'exercice est manifestée. En clair, une telle décision est prise relativement à la sensibilité, l'affection parentale, en dépit de l'irrespect de la sécurité sanitaire infantile. Ceci est qualifié d'une rééducation judiciaire parentale ou d'un processus de maturation constitutionnelle.

Précisons que dans la proportionnalité indiquant un triple test nous n'utilisons que l'adéquation et la nécessité. Le juge de l'enfant constate l'adéquation⁸¹⁴ de la décision parentale aux exigences sanitaires posées par les textes et celui qui lui est supérieure de son côté, contrôle la pertinence de ses décisions en s'assurant que la restriction de cette liberté personnelle qu'il a instruit est bien justifiée. Il en constate donc la nécessité⁸¹⁵. Dans le premier cas nous pouvons identifier la mise en œuvre de la protection sanitaire infantile, la restriction si nécessaire, d'une liberté justifiée par la transgression de la sécurité sanitaire et dans le second, il est question de la protection de la liberté parentale contre tout abus.

⁸¹² La Chambre des mineurs de la Cour d'appel compétente.

⁸¹³ Nous pouvons l'appeler une interprétation directive. La juridiction indique aux juges de l'enfant, les modalités d'exercice de la liberté parentale relativement à la santé, la restriction qui doit en être faites. Sachant que l'interprétation directive destinée aux organes chargés d'appliquer la loi, consiste pour le Conseil constitutionnel à leur indiquer quel devait être les modalités d'application de la loi.

⁸¹⁴ « *Consistant à vérifier que la mesure est susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur, le contrôle de l'adéquation est apparu en 1990 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sous la forme d'un contrôle de l'appropriation, de la mesure à l'objectif poursuivi, expression destinée à partir de 2005 à côtoyer celles synonyme, de contrôle de l'adaptation ou de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi.* » En transposant la signification de ce concept dans le cadre du respect de l'éducation sans les limites des exigences sanitaires, nous soutenons qu'il s'agit d'un contrôle d'appropriation des décisions parentales. Voir à propos GOESEL-LE BILAN V., « A quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? », *Revue française de droit constitutionnel*, N°109, Vol 1, p.89.

⁸¹⁵ De GOUVILLE P., « Le principe de nécessité en droit en droit pénal », *Les cahiers de la justice*, n°3, 2014, p. 497.

Cette contrainte d'éducation sanitaire liée autant au régime répressif qu'à un état social, peut être déduite d'une autre analyse constitutionnelle du terme parentalité.

Paragraphe II - Obligation constitutionnelle résultant de l'analyse du terme parentalité

La constitutionnalisation de la parentalité contraint à une responsabilité d'éducation notamment sanitaire. L'attitude individuelle du choix qui pourrait être fondée sur le terme devoir, y fait place à l'obligation. Cet impératif constitutionnel s'explique ici par une sémantique qui laisse entendre que la parentalité est autant en sociologie qu'en science juridique est une responsabilité juridique éducative. Précisée par le Code guinéen de l'enfant, par la mention « autorité parentale », un rôle qu'assument le père, la mère ainsi que les tierces personnes par concession, elle doit observer la santé, la sécurité et moralité, dont la fusion est substantiellement sanitaire (A). Toutefois, cette fonction qui est une exigence, assurée par des individus qui en sont titulaires doit être facilitée par l'Etat en promouvant l'éducation de base ou l'instruction relative à la santé, sa restauration et la prévention de sa dégradation. Il en résulte l'exercice d'une liberté parentale consolidée par l'intervention étatique (B).

A- La parentalité, obligation d'éduquer conformément exigences sanitaires

Le « devoir de parentalité contraint » à éduquer en restant dans les limites des exigences sanitaires. Ceci s'explique par la différence qui existe entre le « devoir » isolément pris et le « devoir juridique ». Le premier indique une obligation morale non assortie de sanction. Il converge avec le « devoir moral » qui se rapporte à une obligation naturelle dont l'inexécution ne peut être poursuivie en justice, ne chargeant l'obligé que d'un devoir de conscience. Le second constitue une obligation civile qui pèse sur un sujet de droit⁸¹⁶. En prenant pour appui le premier concept, l'individu se dégagerait d'une responsabilité éducative en concevant l'enfant comme une propriété sur laquelle il a droit naturel⁸¹⁷ dont l'exercice est facultatif. Il en déduirait un

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ Nous ne donnons pas ici une nouvelle définition au droit naturel relativement aux liens familiaux, mais affirmons qu'il est déductible de sa définition classique une interprétation qui y est liée. Initialement il constitue un droit qui ne dérive d'aucune invention, et auquel les individus doivent se soumettre selon les jurisnaturalistes. Ses fondements

devoir parental d'éduquer exempt de tout regard juridictionnel et se construit une sphère privée dans laquelle l'Etat ne peut s'immiscer. Cette conception optionnelle que nous récusons n'est pas anodine⁸¹⁸ et est très précaire du fait que la libre disposition d'un enfant ait des limites. Ces frontières législatives, à la différence de celles liées à l'exercice des libertés publiques, résultent d'une analyse du terme « parentalité » qui précise des responsabilités obligatoires. Elle démontre que l'individu qui assume une telle responsabilité ne dispose que d'une obligation juridique et non morale qu'il déduirait de la perception ou de l'interprétation erronée de l'expression « avoir le devoir » mentionnée dans la disposition constitutionnelle sujette à des analyses⁸¹⁹.

Dérivée du terme « parent », la parentalité est liée à l'éducation sanitaire, dans la plupart des études notamment juridiques. Elle constitue un ensemble de réaménagements psychiques et affectifs qui permettent à des adultes de devenir parents c'est-à-dire répondre aux besoins des enfants liés aux soins nourriciers, à la vie affective et psychique⁸²⁰. Elle signifie aussi la fonction d'être parent qui inclut des responsabilités juridiques telles que la loi le définit, morales telles que la socio-culture l'impose et des responsabilités éducatives⁸²¹. Dans ces acceptions, allusion

sont le devoir moral, les principes ou lois de la nature, et la raison. De là peut non seulement découler le monopole de l'éducation fondée un droit naturel ou un lien naturel (biologique) entre enfant et parent. Dans la logique des juristes naturalistes Le respect de ce lien parental par autrui, personne physique ou morale quelle qu'elle soit, devient une exigence parce qu'il apparaît comme un principe naturel. Cette interprétation individuelle peut être admise dans le cadre éducatif, tant qu'elle n'est pas affectée par une conduite attentatoire à la santé infantile. C'est-à-dire que le parent peut jouir d'un lien naturel (dit biologique) usant d'un plein pouvoir d'éduquer l'enfant, mais dès lors que cette éducation est attentatoire à la santé, elle doit être restreinte. A propos de l'objet du droit naturel, voir SERIAUX. A, « loi naturelle, droit naturel, droit positif », *Raison politique* n°4, 2001, p. 147. Notons par ailleurs que ce droit naturel est reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme : « C'est en vertu de leur devoir naturel envers les enfants – les parents étant en premier lieu responsables de l'éducation et l'enseignement de leurs enfants – que les parents peuvent exiger de l'Etat qu'il respecte leurs convictions religieuses et philosophiques. Leur droit correspond ainsi à une responsabilité intimement liée au plaisir et à l'exécution du droit à l'éducation (*Kjedsen, Busk Madsen and Pedersen V. Benmark*, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, jugement du 7 décembre 1976, para 52.) La Déclaration universelle des droits de l'homme semble conforter cette attribution naturelle des parents, aux termes de l'article 26-3 : « *que les parents ont par priorité, le droit de choisir l'éducation à donner à leurs enfants.* »

⁸¹⁸Nous avons l'exemple de la maltraitance qui constitue un mauvais traitement ayant des conséquences négatives sur la santé. Ces mauvais traitements se présentent sous plusieurs formes : violences physiques, violences psychologiques, négligence et sévices sexuelles. Ces maltraitances peuvent avoir principalement deux causes : La discipline trop stricte ou exagérée, et les pratiques culturelles. Voir https://www.unicef.org/french/protection/index_3717.htmlhttps://www.unicef.org/french/protection/index_3717.html

⁸¹⁹ Le démontrant nous aurons consolidé le rapport entre droit naturel et positif, en ce sens que le premier dans le cadre unique de l'exercice de l'éducation sanitaire, la seconde limite le premier, ou vient le compléter en rationalisant sa possible usage. A propos de la convergence Droit naturel et Positif, voir BOUREAU A., « *Droit naturel et abstraction judiciaire, hypothèse sur la nature du droit médiéval* », *Annales, histoires, sciences sociales*, n°6, 2002, pages 1469-1477.

⁸²⁰LAMBOY B., « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? Les différentes approches pour un même concept », *Devenir*, N°21, 2009, pages 32-34

⁸²¹*Ibid.*

est faite à l'éducation, comme étant l'une de ses responsabilités juridiques. Le Code guinéen de l'enfant en donne des précisions à travers la notion d'autorité parentale sans la définir. Il dispose ainsi que « *l'autorité parentale appartient aux pères et mères pour protéger l'enfant dans sa sécurité, santé, sa moralité et son développement* »⁸²². Cet instrument, sous la mention, autorité parentale, consacre la fonction de parent accordée qu'aux pères et mères et précisément focalisée sur trois éléments parmi lesquels figure la santé. Mais il l'accorde aussi, par exception aux tierces personnes dans les limites de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, restreint à la santé⁸²³ et l'appréciation est faite par un tribunal. Enfin, il prévoit l'assistance éducative pour protéger l'enfant contre tout danger nuisible à sa santé, sa sécurité, sa moralité. Le plus important dans ce cadre est que le juge peut se saisir d'office⁸²⁴. Ce qui voudrait donc dire que la parentalité lui est transposable.

Ces consécutions législatives nous font constater que la notion de parentalité, une responsabilité confondue à l'autorité parentale ⁸²⁵, n'est pas standard. Au début elle n'est accordée qu'au père et à la mère de l'enfant mais déléguée à des personnes pour la défense de ses intérêts. Et si elle est définie comme étant un processus de maturation des individus à pouvoir être parent et remplir certaines fonctions, elle doit strictement être exercée dans le cadre éducatif en observant la santé, la sécurité, la moralité. Ces trois éléments à caractère restrictif peuvent toutefois être fusionnés et constituer un rempart contre ce volontarisme individuel : la sécurité infantile s'explique par exemple par une alimentation adéquate et toute ont pour finalité la préservation de la santé et de la vie en dernier ressort. C'est ainsi que la Convention relative aux droits de l'enfant exige « *que soient prises les mesures appropriées pour lutter contre la malnutrition y compris dans le cadre des soins de santé primaires, grâce notamment à l'utilisation des techniques aisément disponibles à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable, compte tenu des dangers et des risques de pollution du milieu naturel ; faire en sorte que les parents et les enfants reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de l'allaitement au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement...* »⁸²⁶. Bien qu'il ne soit pas directement lié à l'enfant, le sommet mondial de l'alimentation à Rome en 1996 contribuant à l'enrichissement du

⁸²² Article 170 du Code guinéen de l'enfant.

⁸²³ Article 186 du Code guinéen de l'enfant.

⁸²⁴ Article 186-2 du Code guinéen de l'enfant.

⁸²⁵ Dans un cas, il y a une obligation de protection juridique de la personne vulnérable et dans l'autre un lien psychologique qui va bien au-delà.

⁸²⁶ Article 24-2 de la convention relative aux droits de l'enfant.

concept du droit à l'alimentation⁸²⁷ la percevait par extension comme étant « *la possibilité physique, économique, sociale pour tout être humain de se procurer une nourriture suffisante, saine et nutritive, leur permettant de satisfaire leurs besoins et références alimentaires afin de mener une vie saine et active* »⁸²⁸.

Aussi, la moralité infantile est partie intégrante de la santé. Elle se rapporte au bien-être mental élément constitutif de la santé. Sa préservation contre plusieurs fléaux comme le tabagisme, les troubles émotionnelles et de comportement, la psychose, le suicide ainsi que l'automutilation est d'actualité. L'organisation mondiale de la santé, énonce comme solution à ces différents fléaux, la promotion consistant à apprendre à chacun la gestion de son émotion, développer la résilience afin de faire face à toutes les situations difficiles et à l'adversité. Ceci doit être fait à travers des plateformes de diffusion tels que les médias numériques, les établissements de soins, des services sociaux, les établissements scolaires et la communauté⁸²⁹.

Il résulte de tout ce qui précède un rapport entre la parentalité, une responsabilité éducative et la protection sanitaire, mais un rapport juridique contraignant. Il fait naître une obligation juridique pas celle de conscience, comme nous pouvons le constater a priori dans la disposition. Donc nous n'avons pas à faire à un devoir moral qui alimente la libre disposition. C'est un devoir juridique, une obligation pour toute personne qui l'assurent et en contrepartie un droit pour les bénéficiaires. Il y a donc une interversion. Sur ce nous suggérons la formule suivante : « *Les enfants ont droit à l'éducation et sa jouissance doit leur être adéquatement assurée par les parents* ». Elle implique par l'entremise d'une constitutionnalisation l'Etat et indirectement les parents. Il s'agit ensuite d'un droit accordé aux enfants dont la pleine jouissance doit être assurée par les parents.

⁸²⁷ Le droit à l'alimentation constitue un droit humain et ses sources sont anciennes. Au XI siècle, la Charte du Mandé garantissait déjà une forme de droit à l'alimentation (François COLLART DUTILLEUL, « Charte du mandé », in Marie CORNU, Fabienne Orsi et Judith ROCHFELD (dir.), Dictionnaire des Bien communs, Paris : PUF : 2017, p. 169). Aussi aux termes de l'article 25 la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, consacre ce droit à travers, le droit à niveau de vie suffisant. Le comité des droits sociaux, économiques et culturels, lors du sommet de Rome a tenté de clarifier le contenu de ce droit dans observatoire n°12 : Le droit à l'alimentation adéquate est réalisé lorsque chaque homme, chaque femme, chaque enfant, seul, ou en communauté avec autrui, a accès à tout instant physiquement et économiquement, à une alimentation adéquate ou aux moyens de la procurer (Comité DESC, Observation générale n° 12, 12 mai 1999, « Le droit à une nourriture suffisante », article 11, E/C.12/1999/5). C'est selon l'ancien rapporteur spécial de l'ONU, un droit dont la réalisation s'articule autour de trois composantes : la disponibilité, l'accessibilité, et l'adéquation.

⁸²⁸ BOUILLOT P., « L'absence de considération du droit à l'alimentation dans la construction du droit du droit de l'alimentation », *Droit et société* N°101, Vol 1, 2019, p.53-54.

⁸²⁹ <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-mental-health#:~:text=%C3%80%20l%C3%A9chelle%20mondiale%2C%20un,d'invalidit%C3%A9%20chez%20les%20adolescents>.

Cette responsabilité demande enfin un minimum d'éducation de base. En d'autres termes, la jouissance effective d'une telle liberté dans les limites des exigences sanitaires, est subordonnée à la création par l'Etat pour les parents d'un minimum de conditions favorables. Nous faisons allusion au droit à l'éducation de base des personnes de tout âge qui nous semble être utile. C'est le droit à l'éducation de base qu'indique l'observation du Comité des droits de l'homme⁸³⁰. Il en résulte un exercice d'une liberté parentale confortée par l'Etat.

B- La parentalité, obligation conjointe des individus et de l'Etat

Si toutes les explications précédentes démontrent que l'éducation à la santé est une contrainte eu égard aux limites établies par des normes constitutionnelles et législatives, force est de constater que son exercice exige des pré-requis. L'inculcation des attitudes sanitaires et l'observation des limites qui s'y rapportent, sont subordonnées à l'obtention d'un minimum d'instruction et de connaissances. Il s'agit de l'éducation⁸³¹, assimilée à l'instruction, perçue comme étant un droit fondamental⁸³² et base tout épanouissement individuel. La Déclaration universelle des droits de l'homme la consacre en précisant qu'elle « *doit viser le plein épanouissement de la personnalité humaine et le renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales....* » Dans la même logique, le Comité onusien des droits de l'homme affirmait « *que l'éducation est une des clefs de l'exercice des autres droits inhérents à la personnes humaines* »⁸³³. La Convention européenne des droits de l'homme conforte ce rapport de subordination entre les droits de l'homme et l'éducation, que prône cet organe en disposant « *que chacun a droit d'aller à l'école. Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. Ce droit est indispensable à l'exercice des autres droits de l'homme, à la liberté et à l'indépendance de toute personne.*

⁸³⁰ Observation générale n°13 du comité des droits économique, sociaux et culturels.

⁸³¹ Nous faisons allusion au contenu du rapport mondial de l'UNESCO sur l'éducation des adultes qui bien que ne se rapportant pas spécifiquement à la santé, donne une définition qui en fait allusion indirectement englobant tous les aspects de la vie sociale. L'expression éducation des adultes « *désigne l'ensemble des processus organisés d'éducation, quels qu'en soient le contenu, le niveau et la méthode, qu'ils soient formel ou non formels, qu'ils prolongent ou remplacent l'Education initiale dispensée dans les établissements scolaires et universitaires et sous forme d'apprentissage professionnel, grâce auxquels des personnes considérées comme adultes par la société dont elles font partie, développent leur aptitudes, enrichissent leurs connaissances, améliorent leurs qualifications techniques ou professionnelles ou leur donne une nouvelle orientation, et font évoluer leur attitudes ou leur comportement dans la double perspective d'un épanouissement intégral de l'homme et d'une participation à un développement socio-économique et culturel équilibré et indépendant ; l'Education des adultes ne peut toutefois être seulement considérée en elle-même ; il s'agit d'un sous-ensemble intègre dans un projet d'Education permanente* ». Rapport mondiale de l'UNESCO sur l'apprentissage et l'éducation des adultes p.13.

⁸³² Article 13 du pacte international relatif aux droits sociaux économiques et culturels de 1966.

⁸³³ Observation générale n°13 du comité des droits économique, sociaux et culturels.

L'Etat se doit de respecter le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »⁸³⁴ Pour sa part, la Déclaration mondiale de l'éducation la prévoit par le terme d'« éducation fondamentale »⁸³⁵. Celle-ci voudrait que les personnes qui n'ont pas eu la chance de recevoir une instruction primaire ou qui ne l'ont pas reçues jusqu'à terme en bénéficient et que sa jouissance leur soit pleinement assurée. Les rédacteurs de la Charte africaine des droits de l'homme y ont aussi pensé en mentionnant que « *toute personne a droit à l'éducation*⁸³⁶ ». La Commission africaine des droits de l'homme qui veille à son application observait le 13 juin 2019 que « *les Etats africains doivent prendre des mesures stratégiques, institutionnelles et législatives appropriées pour assurer le respect, la protection et la réalisation des sociaux économiques et culturels, en particulier le droit à la santé et à l'éducation en obtenant des cadres législatifs et stratégiques pour réglementer l'intervention des acteurs privés dans la fourniture de services sociaux et veiller à ce que leur implication se fasse en conformité avec les normes régionales et internationales des droits de l'homme*⁸³⁷.»

Toutefois, l'instruction qu'il faut promouvoir n'est satisfaisante qu'en étant en partie liée à la protection de la santé ou la prévention de sa dégradation. En d'autres termes, si l'individu doit bénéficier d'une éducation de base, celle-ci doit directement ou par ricochet se rapporter à la sauvegarde de la santé qui constitue un pré-requis indispensable à la jouissance des autres droits qui sont la traduction juridique d'une activité ou d'une attitude humaine⁸³⁸ : l'instruction qui constitue un droit fondamental, doit avoir pour essence, la santé qui conditionne l'exercice du reste des droits. Il s'agit plus exactement de « l'instruction à la santé » et celle-ci doit par nécessité être adaptée aux besoins des Etats sous-développés parmi lesquels figure la Guinée. C'est-à-dire que le besoin fondamental d'instruction à la santé qui se fait ressentir, n'est pas par exemple celui de l'apprentissage des exercices physiques mais celui d'une prévention et d'une

⁸³⁴ Article 2 du protocole n°1 de ladite Convention.

⁸³⁵ Article premier de la déclaration mondiale sur l'éducation pour tous.

⁸³⁶ Article 17 de la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple.

⁸³⁷ Résolution relative à l'obligation des Etats de réglementer l'implication des acteurs privés dans la fourniture des services de santé et de l'éducation – CADHP/Res. 420 (LXIV) 2019 : http://www.achpr.org/fr/sessions/64th_os/resolution/240/

⁸³⁸ Voir a propos l'article 2 du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos TOUTETTE-TURGIS affirmait que « *La santé n'est pas un bien de consommation ordinaire, mais un bien fondamental qui conditionne tout le reste des activités humaines. Elle est plus un instrument, un auxiliaire de vie qu'un état qui serait à lui-même sa propre fin* ». TOUTETTE-TURGIS C., *sujet de la cité*, Paris, édition Harmattan, 2013, P.318.

protection à travers des comportements. Cette thèse est confortée par les illustrations de l’OMS qui désigne de façon restreinte l’éducation à la santé par « *des mesures systématiques prises pour susciter ou favoriser des expériences...qui incitent un individu, un groupe ou une collectivité à acquérir des connaissances et à développer une attitude ou un comportement de nature à l’emmener à un niveau de santé optimal* »⁸³⁹. L’organisation incite des adultes à une nouvelle façon d’exercer leur droit afin d’atteindre un objectif déterminé à l’avance⁸⁴⁰. Dans cette logique elle a, pour prévenir des maladies sexuellement transmissibles, conçu un manuel d’apprentissage et de formation⁸⁴¹ qui contribue à la formation des adultes, des jeunes, des préadolescents susceptibles d’assumer une responsabilité parentale. Dans le même sens, lors de la conférence internationale de Hambourg sur l’éducation des adultes, il a été affirmé que l’accroissement de l’instruction des adultes sur la santé doit être une importante composante de la plupart des programmes d’alphabétisation et d’éducation de base qui doivent surtout concerner les femmes et porter sur la nutrition, l’hygiène, bref des conduites favorables à la santé.⁸⁴² Il s’agit ici d’un processus de maturation bénéfique pour soi-même et pour autrui.

Cette instruction considérée comme un droit subjectif⁸⁴³ est profitable à la santé des enfants. Les connaissances et aptitudes doivent leur être transmises et contribuer à leur protection ainsi que leur développement. Les adultes ne servent donc que d’intermédiaire et en ont la responsabilité première que reconnaissait la Cour européenne des droits de l’homme en affirmant que « *c’est en vertu de leur devoir naturel envers leurs enfants – les parents étant en premier lieu responsable*

⁸³⁹ Organisation mondiale de la santé, recherche sur l’éducation sanitaire, série rapport technique, 432, Genève 1969.

⁸⁴⁰ Nelly, L « Educations sanitaires, promotion, prévention, éducation à la santé » *Recherche et formation*, n°28, 1998. Pages 131-138.

⁸⁴¹ Activité d’apprentissage participatif du manuel de formation et documentation référence à l’IE et l’OMS sur l’éducation à la santé et la prévention du VIH SIDA, à l’école /internationale de l’éducation pour l’organisation mondiale de la santé.

⁸⁴² Compte rendu de la Conférence internationale de Hambourg, promotion et éducation sanitaire des adultes 1997, p. 297.

⁸⁴³ Les Etats en signant et ratifiant le pacte international relatif aux droits socio-économiques, s’engageant à le respecter s’obligent envers les leurs protégés c’est-à-dire les individus, afin de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires favorables à la jouissance des droits qu’il consacre. « *Chacun des Etats partie au présent pacte s’engage à agir, tant par son effort propre que par l’assistance et la coopération internationale, notamment sur les plans économiques, et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d’assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l’adoption de mesures législatives. Les Etats parties au présent pacte s’engage à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe.* »

*de l'éducation et l'enseignement de leurs enfants – que les parents peuvent exiger de l'Etat qu'il respecte leurs convictions religieuses et philosophiques. »*⁸⁴⁴

Enfin, cette perspective doit impérativement être complétée par une exigence constitutionnelle, celle de rendre gratuit⁸⁴⁵ et obligatoire l'enseignement primaire qui facilite l'obtention d'un minimum de connaissances linguistiques indispensables à l'accessibilité à l'information ou à la jouissance du droit à l'information surtout lié à la santé⁸⁴⁶. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, ne manque pas d'en donner une précision : « *l'éducation doit être gratuite, au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental. L'enseignement élémentaire est obligatoire...* » En France, cette exigence est prise en compte par l'adoption de la loi pour l'école de la confiance. Rigidifiant la consécration constitutionnelle sur l'instruction⁸⁴⁷, elle voudrait que tous les enfants âgés de 3, 4 et 5 ans soient concernés par l'obligation d'instruction. *Que tous soient désormais inscrits dans une école ou classe maternelle, publique ou privée, sauf si leurs parents ou responsables légaux déclarent qu'ils l'instruisent ou le font en famille. Dans ce cas de figure, des contrôles seront réalisés par les autorités compétences afin de s'assurer que l'obligation d'instruction est bien respectée »*⁸⁴⁸.

Le Constituant guinéen mentionnant que « *chacun est libre de s'instruire et de s'informer...* »⁸⁴⁹ prévoit ce droit tout en le rapprochant nécessairement du droit de s'informer : même s'il n'y a pas pensé, cette juxtaposition de ces deux droit-libertés est évocatrice d'un rapport protecteur. C'est-à-dire que la liberté d'instruction précède celle de s'informer. Un minimum d'instruction ou d'alphabétisation favorise l'accès à l'information et permet d'opérer des choix épanouissants. Cette exigence constitutionnelle est utile pour l'exercice de la liberté d'expression, notamment dans des relations sanitaires entretenues avec des professionnels de santé. Il s'agit concrètement

⁸⁴⁴ *Kjedsen, Busk Madsen and Pedersen V. Benmark*, n° 5095/71, 5920/72, 5926/72, jugement du 7 décembre 1976, para 52. La déclaration universelle des droits de l'homme en dispose aux termes de l'article 26 alinéas 3 « *que les parents ont par priorité, le droit de choisir l'éducation à donner à leurs enfants.* »

⁸⁴⁵ Le Conseil constitutionnel actant la gratuité de l'enseignement supérieur, y a fait référence. La haute juridiction a précisé que les droits d'inscription universitaire doivent rester modiques. « Elle déduit de façon inédite du treizième alinéa du préambule de la constitution de 1946 que l'exigence constitutionnelle de gratuité s'applique à l'enseignement supérieur ».

⁸⁴⁶ LAUDE A., « Droit à l'information du malade », *Les tribunes de la santé*, n°9, 2005. Pages 43-51.

⁸⁴⁷ L'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946 en dispose : « *La Nation garantie l'égal accès à de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque a tous les degrés est un devoir de l'Etat.* »

⁸⁴⁸ La loi pour une école de confiance a été promulguée au journal officiel le 28 juillet 2019. Abaissement de l'instruction obligatoire à l'âge de 3 ans, obligation de formation jusqu'à l'âge de 18ans, pré-recrutement des enseignants, créations d'un service public de l'école inclusive etc.

⁸⁴⁹ Article 7-3 de la Constitution guinéenne.

de s'instruire afin de pouvoir s'informer sur ses propres droits individuels relatifs à la santé et les invoquer si nécessaire. Ces propositions s'inscrivent dans le cadre de la promotion de la santé, qui apparait, autant pour l'individu que l'Etat, une obligation.

Section II - l'obligation constitutionnelle de promouvoir la santé, une protection plus effective

La Constitution représente l'esquisse des conduites que doivent adopter l'Etat et ses protégés. La promotion de la santé est l'une de celles que le constituant guinéen aurait due ou doit revêtir d'un caractère obligatoire⁸⁵⁰. Il s'agit, en d'autres termes, de rigidifier toute intervention sociale et environnementale consistant à prévenir toutes les maladies en s'attaquant aux causes⁸⁵¹. C'est une mobilisation collective ayant pour visée d'empêcher la dégradation de la santé par toute conduite collective ou individuelle (Paragraphe I). Il est question d'une vigilance collective qui, pour être efficace, doit dans certaines circonstances particulières, nécessiter des aménagements constitutionnels adaptés, suivies des sanctions pénales. Faut-il aussi ajouter à l'instar de l'Union européenne, l'implication de l'Union africaine à travers des directives d'interdiction de la vente des produits chimiques, pharmaceutiques nocifs pour la santé (Paragraphe II).

Para I - L'obligation de promouvoir la santé, droit subjectif.

Le droit à la protection de la santé est un droit subjectif constitutionnalisé. Sa garantie et ainsi que sa promotion interpellent toute la collectivité. Elle n'est pas une tâche exclusive de l'organe étatique comme nous pouvons le relever dans la norme constitutionnelle guinéenne. Sa perception par la doctrine notamment française comme un droit créance, c'est-à-dire un droit qui engage l'Etat, n'empêche pas l'implication des individus qui en sont bénéficiaires. Ceci est d'ailleurs démontrable par une étude sémantique mitigée qui laisse comprendre que l'Etat est en substance fait de trois éléments parmi lesquels figure la population qui ne doit pas être réductible en un simple consommateur. Cette dernière bénéficie des droits, telle que la garantie de la santé

⁸⁵⁰ Voir l'article 15 de la constitution guinéenne de 2010 à propos.

⁸⁵¹ Nous avons réaménagé la définition de la promotion donnée par l'organisation mondiale de la santé. Selon elle, « la promotion de la santé permet aux gens de maîtriser leur propre santé, elle couvre une vaste gamme d'intervention sociale, environnementale conçues pour favoriser et protéger la santé et la qualité de la vie au niveau individuel et en ne s'intéressant pas seulement au traitement et la guérison ». Voir la Charte d'Ottawa sur la promotion de la santé, adoptée le 21 novembre 1986 lors de la première conférence internationale pour la promotion de la santé en vue contribuer à la réalisation de l'objectif de santé pour tous d'ici à l'an 2000 et au-delà.

qu'elle doit promouvoir (A). On en trouve une illustration dans l'engagement de l'Etat à faire respecter de la prohibition de la dépigmentation volontaire de la peau. Cette pratique est basée sur une perception erronée de la libre disposition du corps humain, droit controversé, qui mérite une précision (B).

A- La protection de la santé, droit à promouvoir obligatoirement par la collectivité

La Constitution guinéenne aux termes de l'article 15 dispose que « *chacun a droit à la santé et au bien-être physique. L'Etat a la devoir de les promouvoir et de lutter contre les épidémies et fléaux sociaux* ». Elle consacre la santé comme un droit subjectif dont bénéficie chaque individu. Il s'agit, pour reprendre des théories de la jurisprudence constitutionnelles françaises, « *du droit d'un malade ayant pour exigence thérapeutique extrême, impérieuse et sans réponse alternative, d'avoir accès à des soins existants et dont l'efficacité est plausible* »⁸⁵². C'est donc l'exigence de l'Etat d'une prestation matérielle pour reprendre les termes de Laurence Gay⁸⁵³. Consacrée dans la Constitution française de 1958 sous la formule « *droit à la protection de la santé* », elle est appréhendée comme étant un droit-créance qui comprend l'accès à un système de soin et à des prestations sociales⁸⁵⁴ qui sont régis par des législations de financement de la sécurité sociale, particulièrement celle liée à l'initiative conventionnelle visant à réduire la fraction des honoraires médicaux restant à la charge des assurés sociaux⁸⁵⁵. Dans ce même sens, il comprend aussi l'accès aux informations qui atténuent les risques de propagation des maladies épidémiques et pandémiques⁸⁵⁶. De part et d'autre, force est de constater qu'il est question d'un droit qui

⁸⁵² MATHIEU B., « La protection de la santé par le juge constitutionnel-à propos et à partir de la décision de la cour constitutionnelle italienne », *Cahier du conseil constitutionnel* n° 185 du 20 mai 1998.

⁸⁵³ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-notion-de-droits-creances-a-l-epreuve-du-controle-de-constitutionnalite>

⁸⁵⁴ Comme prestation sociale nous avons les mesures permettant aux étrangers de bénéficier, sous certaines conditions, de l'allocation supplémentaire du fond de solidarité. MOREAU J., « Le droit à la santé », *Actualité juridique-administrative* 1998, p.187.

⁸⁵⁵ Décision 89-269DC du 22 janvier 1998.

⁸⁵⁶ L'organisation mondiale de la santé pour appuyer des Etats dans ce cadre, a établi une liste de comportement à éradiquer, qui seraient à l'origine des maladies hybrides : « *des pratiques hygiéniques néfastes et la déficience des moyens d'évacuation des excréta, l'absence de schéma directeur d'assainissement, et la mauvaise gestion des déchets.* », voir Profil du système de santé de Guinée, établi par le ministère de la santé en collaboration avec l'organisation mondiale de la santé.

requiert l'intervention de l'Etat. Il s'agit d'une responsabilité fondée par les engagements internationaux qu'il a pris⁸⁵⁷.

Toutefois, une seconde perception de ces consécutions, nous fait réfuter l'idée selon laquelle la protection et la promotion sanitaire seraient une attribution exclusive de l'Etat ou plutôt des pouvoirs publics qui le constituent. C'est une tâche collective que chaque individu doit accomplir dans ses rapports avec ses semblables. Ce peut être, sur le fondement des textes internes et dans un rapport bilatéral, l'exigence d'autrui, le respect du droit à la santé par l'abstention d'adopter des conduites qui y sont nuisibles. Il peut s'agir aussi de l'interruption dans l'espace, d'un acte qui dégrade la santé. En France, le fait pour un individu de reprocher à un autre la consommation du tabac dans un lieu public en constitue une illustration. Il fait ainsi observer l'interdiction réglementaire⁸⁵⁸ corroborée par le Conseil d'Etat⁸⁵⁹. Aussi, en Guinée l'autorité interdisant au professionnel de santé, à travers une loi⁸⁶⁰, la vente des produits sans ordonnance, exige cette promotion collective de la santé⁸⁶¹. Cette décision, bien qu'étatique ou institutionnelle, implique l'Etat lui-même⁸⁶², le citoyen lambda, malade ou désireux de se trouver un remède ainsi que le pharmacien. Ces derniers par la profession et la conduite, doivent obtempérer et mettre ainsi en œuvre le droit à la protection de la santé. Il en résulte deux interventions distinctes selon les auteurs mais convergeant du point de vue prévention de la dégradation de la santé : la première, la prohibition étatique notamment législative, liée à l'acte aux conséquences dommageables, est l'expression d'une obligation préventive⁸⁶³ d'une atteinte à la santé publique qui découle encore une fois des engagements internationaux ; la seconde, est l'attitude positive des patients et pharmaciens qui donnent effet à cette prohibition en observant la législation instituée. Bien que ceci soit en réalité une satisfaction aux obligations civiques de respect des règles législatives,

⁸⁵⁷ Voir l'article du pacte international de 1966 relatif aux droits sociaux économiques.

⁸⁵⁸ Décret du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux publics

⁸⁵⁹ CE 19 mars 2007 Mme le GAC et autres.

⁸⁶⁰ La loi N° L94/12/CTRN, portant législation pharmaceutique.

⁸⁶¹ L'OMS s'inscrivant dans cette logique, tout en déconseillant l'achat des produits sur internet, a tenu à faire des suggestions, à travers un guide appelé, médicament et internet : le guide de l'OMS pour surfer sans risque. <http://apps.who.int/medicinedocs/fr/d/Jh3008f7.html#Jh3008f7.1>

⁸⁶² Il s'agit encore fois d'une autolimitation en rapport avec à la protection de la santé ou plutôt la prévention de sa dégradation.

⁸⁶³ Il s'agit concrètement d'un élément constitutif de la mise en œuvre d'une obligation positive exigée par les textes internationaux notamment le pacte international relatif aux droits sociaux économiques et culturels. C'est-à-dire que l'Etat prend des mesures préventives afin de protéger la santé. Rappelons que dans ce cadre particulier de la santé, la Cour européenne des droits de l'homme précise que l'Etat à l'obligation générale de protéger la vie contre les risques de maladie. CEDH, Berkay contre Turquie, arrêt du 1/03/2001, requête n° 22493/93, §154.

nous le percevons indirectement comme étant une coopération entre personne physique à visée protectrice, préventive et promotionnelle. Il s'agit enfin de la promotion de la santé qui consiste en une matérialisation par les individus ou personnes physiques, des idées favorables à la santé, exprimées dans des textes réglementaires et législatifs. Cette observation collective est fondée sur le régime représentatif ⁸⁶⁴ par lequel sont instituées ces lois d'essence sanitaire, qu'exigent des décrets.

Par ailleurs, la sémantique de la consécration sanitaire dans la Constitution guinéenne démontre que l'attribution de la protection sanitaire à l'Etat, oblige les pouvoirs publics et les individus. L'Etat par définition est une personne morale titulaire de la souveraineté⁸⁶⁵. Il peut du point de vue institutionnel être défini comme étant une autorité souveraine qui exerce son pouvoir sur la population habitant un territoire déterminé et qui, à cette fin, est dotée d'une organisation permanente. En examinant cette définition de l'Etat, nous pouvons constater que ce qui l'essentialise est quelques-unes de ses composantes qui sont les organes (autorités) politiques qui prennent des décisions applicables à une collectivité humaine (la population)⁸⁶⁶. Dans ce cas, il est confondu à tous ces éléments, surtout à la population⁸⁶⁷. Nous en déduisons donc que l'Etat, c'est les organes mais aussi la collectivité humaine et l'évolution de toutes ses entreprises économiques, sociales et juridiques. Ainsi, on est en droit d'affirmer que si la santé est consacrée comme un droit, sa promotion devant être obligatoire ou un devoir juridique est une cause collective.

⁸⁶⁴ Nous faisons allusion au mandat représentatif dont sont pourvus ceux qui votent les lois à travers une élection. Explicitement il vote la loi, et ont mandat de le faire dans tous les domaines possibles, en toute liberté. L'article 27 de la Constitution française rappelant le principe traditionnel, en donne une précision : « Tout mandant impératif est nul, les députés se déterminent librement dans l'exercice de leur mandat et ne sont juridiquement liés par aucun engagement ». Dans la Constitution guinéenne ceci apparaît à travers une disposition. Ainsi l'article 21-1 dispose : « Le peuple de Guinée détermine librement et souverainement ses institutions et l'organisation économique et sociale de la nation ». Cette détermination est faite indirectement soit par les représentants ou par référendum. On y affirme ainsi sa souveraineté que sous-tend l'article 2-1 de la même Constitution qui dispose : « la souveraineté nationale appartient au peuple qu'il exerce par ses représentant élus et par voie de référendum. »

⁸⁶⁵ *Lexique des termes juridiques*, Paris, édition Dalloz 2018, p.311.

⁸⁶⁶ DENOIX DE SAINT MARC R., « Introduction », *Etat*, Paris, édition PUF, 2016 pages 3-6.

⁸⁶⁷ Nous l'illustrons ce rapport par une affirmation de Doublet que : « dans une certaine mesure la population détermine certains des traits caractéristiques de la législation, qu'il s'agisse de la loi constitutionnelle ou organique, qu'il s'agisse de la loi ordinaire. Il est d'ailleurs difficile de préciser en cette matière la part exacte de l'influence de la population. Certaines situations de fait, resteront parfois ignorés systématiquement par le législateur.....cependant il ne peut être nié que la composition de la population d'un Etat commande partiellement les règles qui président à la structure même de cet Etat et son fonctionnement ». Doublet J., « Des lois dans leur rapport avec la population » *population*, n° 1, 1994, pages 39-56.

Cette illustration prône la disparition des conduites individuelles attentatoires à la santé comme la dépigmentation volontaire.

B- La promotion obligatoire de la santé appliquée à l'interdiction de la dépigmentation volontaire

La libre disposition du corps humain est sujette à des controverses. Elle apparaît comme un droit d'appréciation relative. S'il peut par exemple être invoqué⁸⁶⁸ pour l'interruption de grossesse que promeuvent le droit à l'information et le délit d'entrave à l'accès à l'information y afférente⁸⁶⁹, dans certaines circonstances défavorables à la santé, c'est le contraire. C'est l'hypothèse d'un individu qui, se fiant à ses désirs et se fondant sur sa liberté personnelle, s'adonne à des pratiques nuisibles, exposant sa personne (son corps) à une dégradation. La dépigmentation volontaire de la peau en est un exemple illustratif. Il s'agit d'une pratique en évolution en Afrique plus particulièrement en Guinée, qui mérite qu'on s'y intéresse pour préciser les limites de la libre disposition du corps face à la protection de la santé. C'est faire de la sociologie juridique certes, mais elle promeut la santé et met en valeur la jouissance du droit qui y est lié.

Cette pratique désigne l'usage cosmétique et non médical destiné à effacer l'hyperpigmentation pathologique. C'est aussi un usage permanent et non une pratique ponctuelle, rituelle, ou festive, tel un maquillage de théâtre. Le terme maquillage est parfois utilisé en Afrique pour désigner la dépigmentation. Il suggère à la fois, la falsification et l'innocuité. Elle n'ajoute pas une couche de couleur à la surface de l'épiderme, comme un simple fond de teint ; elle altère la production

⁸⁶⁸ Nous affirmons qu'il est possible d'invoquer la libre disposition du corps humain dans le cadre de l'interruption volontaire de la grossesse, que dans certaines limites législatives approuvées par le Conseil constitutionnel. C'est-à-dire que l'on peut se fonder sur ce droit ou cette liberté afin de se soumettre à l'avortement. Mais cette liberté a bien des limites qui sont législatives et que reconnaît le Conseil constitutionnel : au départ elles voulaient que l'avortement ait lieu qu'entre la 10^{ème} et 12^{ème} semaines comme le précise le juge constitutionnel dans sa décision du 15 janvier 1975 n° 74-75DC et celle du 27 janvier 201 n° 2001-446 DC, considérant (7) : » *considérant que l'interruption volontaire de la grossesse constitue un acte médical plus délicat lorsqu'elle intervient entre la dixième et la douzième semaine, elle peut être pratiquée en l'état actuel des connaissances et des techniques médicales, dans des conditions de sécurité telles, que la santé de la femme ne se trouve pas menacée....* ». Ce délai a été récemment allongé à 14 semaines par la loi du 2 mars 2022. En respectant cette limite, le recours à l'IVG par les mineurs l'autorisation parentale, vient consolider la thèse que nous défendons. C'est-à-dire qu'il est fondé d'affirmer que l'enfant argue du fait, que ce soit son corps, en jeu, et qu'il est libre d'y procéder, à l'aide de l'intervention d'un médecin, mais bien sûr dans les limites des précisions constitutionnelles.

⁸⁶⁹ Loi du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de la grossesse. Cette loi vient, indirectement consolider l'invocation du droit à la libre disposition du corps, pour l'exercice de l'interruption volontaire, en ce sens qu'elle prescrit des sanctions pour toutes personnes qui proférerait des menaces contre une autre (un professionnel de santé, ou une femme enceinte), pour l'empêcher d'y procéder.

*des pigments naturels de la peau, les mélanines. Les procédés utilisés sont pourvus d'effets toxiques et pharmacologiques*⁸⁷⁰.

Réalisée par l'usage des produits hautement toxiques, la dépigmentation a des conséquences nuisibles pour la santé. Selon l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, elle a des risques sanitaires et est la cause de quelques maladies de la peau. Elle dénombre les infections de la peau (la gale, la mycose, les infections bactériennes) pouvant s'avérer très aiguës, l'apparition d'une acné parfois très sévère et l'amincissement de la peau parfois à l'origine de cicatrices⁸⁷¹. En dépit de ces conséquences qui peuvent être précisées au-delà des questions sanitaires⁸⁷², la pratique est courante et les individus qui semblent en être satisfaits, arguent de la propriété de leur corps dont ils ont la libre disposition. Mais, il faut toutefois préciser, après examen de la Constitution guinéenne, qu'aucune disposition n'en sert de base juridique ou l'interdit. Pourtant vu les conséquences sanitaires mises en exergues dans les lignes précédentes, il paraît évident d'en envisager afin qu'il serve de fondement aux textes législatifs. Ainsi, l'on proposerait qu'il soit inséré dans la Constitution guinéenne qui a cours, plus précisément dans le TITRE II qui énonce les libertés, devoirs et droits fondamentaux que : « *les individus ont un droit d'usage de leur propre personne. Son exercice doit être limité par des textes constitutionnels et législatifs qui promeuvent le bien-être physique, mental et social* ».

Il s'agit d'une constitutionnalisation qui crédibilise ou incrimine l'exercice des libertés liées au corps humain selon les finalités. Ainsi, l'individu qui, sur le fondement de l'autodétermination⁸⁷³ ou d'une liberté dite sexuelle⁸⁷⁴ s'adonne à la prostitution, serait en train d'exercer une activité

⁸⁷⁰PETIT A., « Dépigmentation volontaire, réalités, interprétation et résistances », *L'autre*, N°1, vol 8, 2007 pages 95-109.

⁸⁷¹[https://www.anism.sante.fr/Dossiers/Securite-des-produits-cosmetiques/Risques-lies-a-la-depigmentation-volontaire/\(offset\)/2](https://www.anism.sante.fr/Dossiers/Securite-des-produits-cosmetiques/Risques-lies-a-la-depigmentation-volontaire/(offset)/2), voir aussi, rapport d'expertise, évaluation des risques liées à la dépigmentation volontaire effectué en octobre 2011. WAMBA A., MOULIOM MAYOUGHOUE A., « Perception de la dépigmentation volontaire de la peau chez les lycéennes au Cameroun », *Santé publique*, N°2, vol 29, 2017, pages 263-270.

⁸⁷²KOUSSI M., *Dépigmentation et crise identitaire en Afrique noire*, Paris, édition connaissances et savoir, 2016, p.14. « *Il faut aller au-delà des conséquences médicales et esthétiques de cette pratique pour appréhender le péril essentiel qui guette les candidats et les candidates à la dépigmentation. Plus qu'un danger existentiel, le péril résultant de la dépigmentation volontaire est l'expression d'un arraisonnement identitaire et d'une automutilation ontologique. Il traduit la déchéance qui affecte et infecte mortellement l'humain en sa vérité profonde, en sa nature ultime...* »

⁸⁷³ LESSELIER C., « Sexe de l'intimité au travail sexuel, ou prostituer est-il un droit humain ? », *Nouvelles questions féministes*, N°2, Vol 21, 2002, pages 137-146.

⁸⁷⁴ L'exemple des droits énoncés par les associations saisissant par le biais du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel, pour demander l'annulation de la pénalisation de l'achat de sexe. Elles disaient se fonder sur des droits constitutionnels tels : « *L'autonomie personnelle, la liberté sexuelle, le droit au respect de la vie privée, la*

incriminable et susceptible de sanction parce qu'elle s'avère préjudiciable à la santé. Plusieurs études⁸⁷⁵ prouvent qu'à travers cette pratique se transmettent des maladies incurables comme le Virus de l'immunodéficience humaine et sa fréquence entraîne des violences qui endommagent le vagin. Donc autant dire que le déficit d'incrimination de la prostitution par le Code pénal peut être critiquée au regard des questions sanitaires. Dans la même veine, est tout aussi incriminable, sur la base de la protection sanitaire la consommation de certains stupéfiants qui affectent la mentalité. En d'autres termes est répréhensible le fait de s'y adonner en arguant du libre usage de son corps.

A l'instar de toutes ces pratiques citées à titre d'exemples illustratifs, la dépigmentation serait une pratique individuelle condamnable parce qu'elle porte atteinte au bien-être (santé) physique et mental que promeut la Constitution. Cette réglementation est d'une importance capitale parce qu'elle donne plus de sens à deux autres dispositions constitutionnelles qui interpellent l'Etat, autorité souveraine qui est chargée d'appliquer les règles, ainsi que les individus, ses protégées. Il s'agit des deux premiers alinéas des articles 22 et 23 de la Constitution guinéenne de 2010 qui dispose que « *chaque citoyen a le devoir de se conformer à la Constitution, aux lois et aux règlements* », « *l'Etat doit promouvoir le bien-être du citoyen, protéger et défendre les droits de la personne et les défenseurs des droits humains* ». Ils complètent la disposition que nous avons proposée et la revêtent d'un caractère obligatoire. Nous précisons que le devoir de conformisme qui incombe aux citoyens est juridique, son inexécution qui équivaut à une inobservation des normes constitutionnelles et législatives, expose aux sanctions. Il y a donc une contrainte qui en résulte. L'expression « l'Etat doit promouvoir » signifie qu'il est tenu de promouvoir le bien-être physique et mental qui correspond à la santé.

Au-delà de cette limitation, il est possible de prohiber cette pratique en amont en envisageant une interdiction constitutionnelle suivie des sanctions pénales relatives à l'importation des produits cosmétiques aux composants hautement toxiques. En d'autres termes, il est encore plus efficient d'accompagner l'interdiction de porter préjudice à sa propre santé en exposant son propre corps à une telle pratique nocive par celle de l'importation de toute substance pouvant servir à cette fin.

liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre etc... ». Le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2018-761 QPC du 1^{er} février 2019, déclaré conforme la loi de pénalisation des clients des prostituées.

⁸⁷⁵ GAMPEAU D., FOURNIER P., MANTOURA P., « Maladies sexuellement transmissibles, sida et prostitution : une étude de cas en Guinée-Conakry », *Santé publique*, N° 2, Vol 15 2003, pages 223-233.

Nous nous référons aux interdictions faites dans d'autres pays comme la France, en établissant une liste spéciale.

Paragraphe II- Aménagement constitutionnel nécessaire pour la promotion impérative de la santé

Rappelons que la dépigmentation volontaire de la peau se pratique par l'usage des substances chimiques et toxiques que contiennent des produits cosmétiques dont l'importation ainsi que la vente doivent être prohibées. L'institution de ce régime d'interdiction passe par l'aménagement des institutions de l'Etat : il s'agit dans ce cas d'espèce de réviser l'une des dispositions de la Constitution guinéenne, l'article 17 en l'occurrence pour confondre ces substances toxiques aux déchets toxiques dont l'importation le transport, le déversement sur le territoire y sont interdits (A). C'est une précaution à laquelle nous ajoutons celle que pourrait envisager l'Union africaine par l'institution d'un protocole lié à l'importation, la commercialisation, la vente des produits pharmaceutiques en référence aux décisions prises par les autres organisations telles que l'Union européenne (B).

A- Aménagement lié à l'importation et l'usage des produits cosmétiques

Première norme juridique interne, la Constitution⁸⁷⁶ détermine le fonctionnement des pouvoirs publics ainsi que les modalités de jouissance des droits et libertés. Elle doit être perfectionnée autant que possible au regard des nécessités notamment sanitaires, telles que la régularisation de la transaction pharmaceutique qui demeure en Guinée une problématique épineuse à laquelle aucun article ne fait référence ne serait-ce qu'implicitement, ce qui n'est peut-être pas important en considérant la complémentarité des législations. Mais cela affecte sa supériorité et la suffisance des normes juridiques étatiques⁸⁷⁷ auxquelles s'ajoute l'absence de clarté et d'intelligibilité. Ce déficit normatif nous incite à réviser l'article 17 aux termes duquel « le

⁸⁷⁶ Nous évoquons la supériorité de la norme constitutionnelle qui peut être affecté dans le cadre d'un accord étatique.

⁸⁷⁷ Nous soutenons que la Constitution doit être suffisamment précise pour permettre soit aux individus ou aux juridictions dans une situation litigieuse de se passer des textes internationaux. Nous l'évoquerons ci-dessous dans le cadre de la consécration constitutionnelle de l'interdiction de l'excision où nous démontrerons que le vide constitutionnel à combler fonde la référence des autorités et juridictions française à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

transit, l'importation, le stockage, le déversement sur le territoire national des [déchets toxiques] ou polluant et tout accord y relatif constituent un crime contre la nation. Les sanctions applicables sont définies par la loi ».

Cette consécration constitutionnelle qui a pour but la protection de la santé des guinéens a pour spécificité la préservation de l'environnement contre des substances toxiques et polluantes en provenance de l'extérieur. Elle est modifiable et susceptible d'extension à la commercialisation des produits pharmaceutiques, notamment cosmétiques. Nous proposons ainsi de remplacer le mot « déchets » par le terme « substance ». Le second englobe le premier et donne un double sens à la présente disposition. C'est-à-dire qu'en sus de l'interdiction environnementale, elle fera des proscriptions liées au domaine pharmaceutique.

Prises isolément, les substances indiquent toute matière dont une chose est constituée⁸⁷⁸. Elles englobent les déchets, les produits cosmétiques et d'autres corps solides. Dans la « *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique* », à laquelle la Guinée est partie, les déchets sont indiqués par le terme substance⁸⁷⁹. C'est par ce même terme que la législation pharmaceutique guinéenne⁸⁸⁰ et l'agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé, définissent les produits cosmétiques⁸⁸¹. En l'associant à l'adjectif « toxique », nous obtenons une expression exploitable. Concrètement, il s'agit de faire précéder le terme « toxique » par le mot « substance », en faire une expression qui définirait les déchets et produits cosmétiques nuisibles. Le rapport de la Commission canadienne pour l'environnement indiquant que l'expression « substance toxique » est polysémique, valorise cette adjonction : « *elle comprend habituellement des produits chimiques industriels et commerciaux, les métaux lourds, les sous-produits des industries manufacturières et les pesticides, qui lorsque projetés dans l'environnement, peuvent nuire à la santé humaine ou à la qualité de l'environnement* ». C'est une définition qui comporte des éléments assimilables à des produits cosmétiques nuisibles. Il s'agit des résidus d'objets industriels, commerciaux et manufacturiers,

⁸⁷⁸ Le petit Larousse

⁸⁷⁹ Article 2 de ladite convention. Les substances ci-après sont considérées comme déchets dangereux, aux fins de la présente convention. C'est-à-dire qu'elle énumère dans cette disposition des substances qui sont assimilées à des déchets.

⁸⁸⁰ Article 95 de la loi N° L94/12/CTRN, portant législation pharmaceutique.

⁸⁸¹ <https://ansm.sante.fr/Produits-de-sante/Produits-cosmetiques>

projetés dans la nature et pouvant être préjudiciables à la santé d'où la nature toxique. Les produits cosmétiques proviennent des industries et même s'ils ne sont pas projetés dans la nature, la toxicité avérée de certains, est constaté à long terme. Nous pouvons donc fort bien constater que l'usage du mot substance pour désigner ou définir deux autres pour un intérêt sanitaire convient bien.

Suite à cette analyse, nous suggérons en remplacement de la disposition constitutionnelle citée ci-dessus, la suivante qui prohibe la présence des déchets et des produits cosmétiques : « *Le transit, l'importation, le stockage, le déversement sur le territoire national des substances toxiques ou polluant et tout accord y relatif constituent un crime contre la nation. Les sanctions applicables sont définies par la loi.*

Cette disposition commande et situe le législateur qui met en œuvre ce qu'exige le constituant ou la Constitution dans sa logique de protection des droits. Cette adéquation est d'ailleurs esquissée dans la présente disposition constitutionnelle sujette de modification, par le renvoi à la loi de la définition des sanctions applicables en cas de transgression⁸⁸². Quitte à savoir si la législation guinéenne est suffisamment précise en ce qui concerne la vente des produits cosmétiques ou qu'elle mérite autant que sa référence un amendement conséquent : datant de 1994, une seule loi se contente de les définir⁸⁸³, d'en préciser le régime de fabrication, d'exportation, d'importation et de distribution qui demeure libre⁸⁸⁴. En d'autres termes, les transactions liées aux produits cosmétiques ne sont soumises, dans la législation guinéenne, à aucune autorisation préalable. Nous en déduisons donc l'exercice d'une liberté commerciale dans ce cadre. En revanche, le législateur indique que pour la protection de la santé publique, le ministre de la Santé peut fixer par arrêté des conditions particulières pour ce type de produit, notamment relatives à la composition, au conditionnement, à la dénomination de la vente, à la présentation, à la publicité ainsi qu'aux modalités de contrôle opéré par le fabricant. Cette précision s'avère théoriquement rassurante, mais faut-il qu'elle soit liée à la pratique ? De l'adoption de cette loi jusqu'à nos jours ces produits cosmétique dangereux abondent le marché public et aucune disposition n'a été prise pour les supprimer. A ce propos, nous suggérons la création de deux organes. L'un, chargé du

⁸⁸² L'article 17 renvoie à la loi, la définition des sanctions applicables à ceux qui transgressent l'interdiction de d'importer, de déverser, de stocker des [déchets toxiques remplacés à l'issue de nos analyses par les substances].

⁸⁸³ Article 94 de la loi N° L94/12/CTRN, portant législation pharmaceutique

⁸⁸⁴ Article 95 de la loi N° L94/12/CTRN, portant législation pharmaceutique

contrôle et de l'inspection, constate le caractère nuisible ou non des produits à la santé et décide si des sanctions pénales financières ou encore une interdiction sont nécessaires. L'autre, est chargé de l'autorisation et de l'évaluation des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Ceci implique que l'ouverture, la commercialisation, l'exploitation de tout établissement fabriquant ou important des produits cosmétiques d'hygiène corporelle, de même que l'extension des activités d'un établissement à de tels produits seront subordonnées à une déclaration préalable auprès de cet organe.

Enfin, il serait important de préciser, dans cette législation l'acte administratif qui autorise l'identification des exploitants, l'interdiction de fabrication des produits cosmétiques ou produits d'hygiène contenant des substances chimiques dangereuses telles que l'hydroquinone, le mercure et ses dérivés, les corticoïdes et corticostéroïdes telles que la cortisone, l'hydrocortisone, la triamcinolone, le clobétasol destiné à lutter contre certaines pathologies inflammatoires de la peau.

B- L'examen des textes africains au regard d'une possible restriction d'usage et de commercialisation des produits cosmétiques

Sur aucune disposition de la Charte africaine des droits de l'homme et du peuple, ou celle de ses protocoles additionnels, nous ne pouvons explicitement fonder une restriction de l'usage et de la commercialisation des produits cosmétiques dans les Etats partis. Il y a par contre une possibilité d'interpréter l'article 16 et en d'engager leur responsabilité. C'est-à-dire qu'en tenant compte du fait qu'aux termes de cet article « *la santé soit accordée aux individus* » et que celle-ci soit menacée par un comportement, la dépigmentation volontaire en l'occurrence, l'Etat se voit tenu pour responsable parce qu'il lui incombe l'obligation (positive et négative) de protéger ou de prévenir sa dégradation.

Par ailleurs, il est judicieux, soit d'insérer une nouvelle disposition dans la Charte ou d'adopter un nouveau protocole ou règlement organisant un régime d'autorisation de mise sur le marché des produits pharmaceutiques : le choix d'un protocole régissant l'usage et la commercialisation des produits pharmaceutiques nous semble être pertinent parce qu'il laisse comprendre que la particularité des questions sanitaires ou toute problématique qui s'y rapporte mérite un traitement spécifique. Il déterminera non seulement la définition, la description du contenu des produits

cosmétiques, les composants interdits y compris, mais aussi un mécanisme de contrôle régional se prolongeant dans les Etats. Cette initiative devra être concomitante à l'obligation d'instituer des normes nationales relatives à l'usage et la commercialisation des produits cosmétiques et l'observation d'une convergence dans le fond avec le protocole : quelles que soient les formules de rédaction, pourvu que tous les contenus relatent une restriction. Par extension la Constitution et le Code pénal peuvent en être adaptés. L'exemple guinéen proposé ci-dessus en constitue une parfaite illustration.

Conclusion

Cette première perspective fait comprendre que le constitutionnalisme français, bien qu'étant riche, est susceptible de critiques et ses multiples interprétations doivent être utilisées avec circonspection. De sa contestation naissent des considérations institutionnelles, notamment textuelles qui sont plus fructueuses : au triple fondement, la considération du préambule français de 1958 sans l'avis du Conseil constitutionnel, transposée à l'Afrique francophone conduit à l'estimation de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, partie intégrante du préambule de la constitution guinéenne de 1958. Cette Déclaration pourrait fonder l'interdiction de l'excision et l'exercice du droit-liberté de procréer. Il s'agit là d'une appréhension non jurisprudentielle de la constitution qui s'avère utile à l'individu parce qu'elle rend plus accessible les droits qu'elle contient. Elle irait de pair avec la rigidification, l'exemple de rendre obligatoire la promotion de la santé et l'éducation à la santé qui sont constitutionnalisées.

Titre II - Théorie sanitaire déduite de l'interprétation limitée du juge constitutionnel

Si les Constitutions françaises et d'Afriques francophone sont critiquées car elles ne prennent pas en compte suffisamment des situations étrangères, les juges constitutionnels qui en assurent la sauvegarde et la doctrine devraient y remédier. La consécration de la prohibition de l'excision, mœurs non accessible du fait de sa nocivité, en constitue une initiative illustrative. Elle précise les motifs d'octroi de l'asile politique et rend subsidiaire la référence aux textes internationaux par des juridictions nationales. Cette précision qui aurait pu être faite par le juge constitutionnel dans sa décision relative à la maîtrise de l'immigration par auto-saisine, trouverait plus sa consistance tant en France que dans les tous les Etats d'Afrique noires francophones dans la mise en œuvre du principe de l'inviolabilité du corps humain par les individus susceptibles d'être soumis à cette pratique pernicieuse. Ces derniers pouvant exiger le respect du consentement qui en constitue l'essence (chapitre I). Cette perspective humanitaire avoisine, dans une logique d'institutionnalisation de l'urgence sanitaire, l'insertion dans les constitutions françaises et d'Afrique francophones, l'accès aux territoires, des étrangers migrants pour échapper aux évènements imprévisibles et imparables. Elle constitue une mise en œuvre de l'adoption d'une convention internationale à cette fin telle que propose Véronique Magniny dans sa thèse⁸⁸⁵. L'accès aux soins d'urgence et non programmés en est complémentaire ainsi que l'observation de la liberté de choix du médecin qui les propose (chapitre II)

⁸⁸⁵ MAGNINY V., *Les réfugiés de l'environnement hypothèse juridique à propos d'une menace écologique*, Thèse de droit, sous la direction de Rémond-Gouilloud Martine, Université de droit Paris, Panthéon Sorbonne, 1999, p.645.

Chapitre I - L'excision, mœurs préjudiciable à la santé, fondement du droit d'asile constitutionnel

La jurisprudence constitutionnelle française liée à la santé reste qualitativement perfectible. En scrutant la décision relative à la maîtrise de l'immigration⁸⁸⁶, nous pouvons fort bien constater que le Conseil constitutionnel avait omis de porter un regard par « autosaisine indirecte »⁸⁸⁷, sur l'excision qui s'apparente, du point de vue élément d'appréciation constitutionnelle⁸⁸⁸, à d'autres questions telles que l'interruption volontaire de grossesse⁸⁸⁹ et la bioéthique⁸⁹⁰. C'était pour lui l'occasion de constitutionnaliser davantage le droit à l'asile politique⁸⁹¹, en innovant l'interprétation des normes constitutionnelles ou contribuant à leur évolution⁸⁹². Sur le fondement d'une critique constructive de ladite décision, précédée d'une reconsidération de la consécration des mœurs publiques faite par la Constitution thermidorienne de l'an III⁸⁹³, nous envisagerons la prohibition constitutionnelle de cette pratique dégradante et préjudiciable à la santé qui servira de base à ce droit de séjourner sur les territoires de la République française et consolidera la subsidiarité de référence aux conventions internationales notamment celles de Genève et de l'Europe (section I). Nous y appliquons l'inviolabilité du corps humain, principe

⁸⁸⁶ Décision n°93-325 DC du 13 août 1993. La loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et séjour des étrangers en France.

⁸⁸⁷ C'est la logique dans laquelle le juge constitutionnel, saisi de l'inconstitutionnalité d'une loi, n'hésite pas à se prononcer sur des articles non mis en cause pour les déclarer éventuellement inconstitutionnels. Voir ROUSSILLON H., ESPLUGAS P., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, édition 2015, p. 34 ;

⁸⁸⁸ Le droit au respect de la dignité humaine et le droit à la santé.

⁸⁸⁹ Décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001, la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse et la contraception. Considérant 5.

⁸⁹⁰ Décision n°94-343 /344DC du 27 juillet 1994. La loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Considérant 2.

⁸⁹¹ Il s'agit de fonder le droit d'asile plus sur la constitution que sur la convention, ce qu'il a lui-même relevé auparavant dans plusieurs décisions : Décision n°79-109 DC du 19 janvier 1980. Décision n°80-116 DC du 17 juillet 1980. Décision n° 86-216 DC du 03 septembre 1986.

⁸⁹² Henry Roussillon et Pierre Esplugas en soutenaient que la terminologie « bloc » n'était pas appropriée pour désigner un ensemble juridique qui est destiné à évoluer, ce qui voudrait dire qu'un changement incité par le juge constitutionnel doit y être constant. Aussi après avoir rappelé, le mérite de l'invention et de la paternité de la dénomination bloc au doyen FAVOREU, (FAVOREU L., « le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel », *Mélanges EISENMANN*, CUJAS, 1975, p. 33.) ils en affirment « *on peut discuter du bien-fondé d'une telle expression dans la mesure où l'idée de bloc renvoie à une réalité monolithique alors que le bloc de constitutionnalité est, pour le moins, hétérogène dans sa composition...de plus un bloc a quelque chose d'inerte et d'intangible, or celui de la constitutionnalité se caractérise par une remarquable capacité à évoluer et à se développer, à tel point qu'il évoque plutôt une masse gazeuse, fut-elle de très forte densité, générée par le fameux « big-bang » primordial, facile à dater en l'occurrence puisqu'il se serait produit en 1971 de notre ère... ».* Voir ROUSSILLON H., ESPLUGAS P., *op.cit.*, p.62.

⁸⁹³

que promeut l'intégrité corporelle qui interdit toute atteinte à la personne, l'enfant en l'occurrence sans avoir recueilli au préalable son consentement (section II).

Section I - Une rétrospective favorable à la protection de la santé contre l'excision, mauvaise mœurs.

L'histoire constitutionnelle de la France est la référence⁸⁹⁴ des discussions liées aux perspectives étatiques protectrices des droits individuels. Cette théorie traductrice de l'utilité perpétuelle d'un texte formellement caduc est démontrable par la reconsidération de la Constitution de l'an III parce qu'elle consacre l'interdiction des mœurs « non publiques » que nous exemplifions par l'excision du fait de son caractère préjudiciable à la santé. C'est une revalorisation d'une norme non en vigueur qui résulterait donc de son caractère protecteur d'un droit social. Concrètement réalisable par l'intégration de sa disposition concernée⁸⁹⁵ dans la Constitution de 1958 qui a cours (paragraphe I), sa reconsidération s'avère plus légitime du fait qu'elle servirait de fondement constitutionnel à l'asile politique. Ce dernier est une institution qui, accordée pour le motif que nous envisageons, n'est prévue que par des conventions et non la Constitution (paragraphe II).

Paragraphe I - La reconsidération de la Constitution de l'an III et la consécration des mœurs

Aborder le caractère protecteur de la Constitution de l'an III contre les mœurs préjudiciables à la santé nous emmène à mesurer l'importance des Constitutions qui ont été abrogées⁸⁹⁶ et celle qui est en vigueur et repose sur le fondement historique des précédentes. Nous prôtons donc une reconsidération qui met en valeur et problématise des textes constitutionnels indépendamment de leur période d'existence juridique tout en évoquant fondamentalement l'importance des droits sociaux qu'ils garantissent et que doivent autant que possible valoriser les pouvoirs publics réglementaires et législatifs par des mesures accompagnant leur jouissance comme l'exige le juge constitutionnel dans certaines décisions⁸⁹⁷ (A). L'interprétation de l'article 356 de cette

⁸⁹⁴ SUANZES-CARPEGNA J., *Op.cit*, p.679.

⁸⁹⁵ Article 356 de la Constitution thermidorienne.

⁸⁹⁶ La Constitution française de 1946.

⁸⁹⁷Décision 97-393 DC du 18 décembre 1997, loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

constitution ancienne qui permet de confondre à l'excision, pratique pernicieuse, à l'une des mœurs « non publiques ou non accessibles » qu'il interdit tacitement, développera concrètement ces perceptions (B).

A- Une reconsidération qui valorise et problématise

En jetant un regard sur les textes constitutionnels révolutionnaires on trouve des dispositions qui ont été ignorées alors qu'elles ont le mérite d'être reconsidérées et insérées dans l'actuel bloc de constitutionnalité, compte tenu de plusieurs raisons notamment sanitaires. Dans la Constitution thermidorienne du 5 fructidor an III (22 Août 1795) qui nous semble la plus intéressante, nous relevons l'article 356 qui dispose que « *la loi surveille particulièrement les professions qui intéressent les mœurs publiques, la sûreté et la santé des citoyens* ». En l'interprétant largement, nous relevons des expressions à connotation sanitaire qui confortent une tradition française transposable par nécessité et exigence sanitaire⁸⁹⁸aux pays d'Afrique en général et ceux de la francophonie en particulier. Il s'agit donc d'une imbrication des constitutions les unes dans les autres, profitable à une partie de l'Afrique.

En détail, la constitution de 1975 a une valeur même si elle a été immensément critiquée⁸⁹⁹ et abrogée. Nous osons l'estimer une nouvelle fois à cause de sa disposition ci-dessus qui consacre les mœurs qui représentent des valeurs sociales codifiées⁹⁰⁰. Donc, sur la base des considérations

⁸⁹⁸ D'abord la santé est un concept scientifique en quoi tous les Etats s'identifient. C'est un problème de tous, un droit que les citoyens de chaque Etat pris individuellement veulent entretenir ou protéger par leur rapport avec les professionnels de santé. Son importance peut être constatée au-delà du cadre étatique par la création et l'implication des organisations internationales telle que l'OMS pour sa sauvegarde. Et dans cette optique de protection l'Etat qui, instituant dans sa norme constitutionnelle une disposition proscrivant directement ou par ricochet une pratique attentatoire à la santé, doit faire l'objet d'une unanimité. En examinant la disposition de la Constitution thermidorienne sus-indiquée, nous déduisons l'interdiction de la pratique de l'excision et présenteront sa possible extension aux Etats d'Afrique qui la pratique. En somme, déduire d'une disposition constitutionnelle l'interdiction de l'excision est imposable à tous les Etats et subsiste aux questions récurrentes de respect de la souveraineté. Cette dite exigence que nous expliquons vaguement est consolidée par des textes.

⁸⁹⁹ Il s'agit de certaines critiques acerbes effectuées récemment par des auteurs révélant l'inutilité de cette constitution médiocre, malencontreuse, maladroite, défectueuse, inadéquate. Un texte qui permet d'atteindre des sommets de niaiserie constitutionnelle et qui est l'illustration même de la vanité de certains constitutionnalistes faiseurs de système aussi complexes qu'irréalistes. D'autres critiques plus précises démontrant que cette constitution insensée n'avait qu'un seul et unique objet : celui de permettre à des survivants de se maintenir au pouvoir coûte que coûte. C'est donc un texte de circonstance. Voir PASSELECQ O., « Actualité de la constitution de l'an III », *Presse universitaire de France politique d'aujourd'hui*, 1999 pages 73-74. Mais contrairement à ces différences critiques c'est une constitution qui peut paraître utile par ses dispositions. Reprenant l'assertion d'Olivier Passelecq ajoutant qu'elle est parfois étonnante par ses anticipations et dont l'échec n'était pas évitable.

⁹⁰⁰GERAUD-LLORCA E., *Introduction des bonnes mœurs dans le code civil* : https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/32/edith_geraud_llorca.pdf_4a07e1fc3bd01/edith_geraud_llorca.pdf.

sociales qui incarnent une identité nationale⁹⁰¹, nous revalorisons une constitution qui, au-delà de toute subjectivité, constituait le fondement de la République⁹⁰². C'est cette perception sociale qui a incité à la reconsidération du Préambule de la constitution de 1946⁹⁰³ qui renferme nombre de droits sociaux sans lesquels la Constitution de 1958 serait toujours qualifiée de politique (car seul le corps de cette constitution contenant des droits politiques avait une valeur constitutionnelle)⁹⁰⁴. Donc la valeur de cette Constitution révolue et son incorporation dans une nouvelle, résultent de l'importance des droits sociaux qu'elle contient et qui rationalisent l'existence des droits politiques : le bien-fondé de l'existence et la jouissance des droits politiques est substantiellement l'exercice des droits sociaux qu'ils créent et permettent par des mesures d'accompagnement. La création d'une politique qui favorise l'accès aux soins et aux services sociaux de santé, en est l'illustration. Il s'agit, pour être plus explicite, des effets de la jouissance du droit constitutionnel d'être éligibilité à l'assemblée ainsi qu'à la magistrature suprême⁹⁰⁵. C'est-à-dire que son principal objet est la prise de décision législative et réglementaire qui garantissent l'exercice des droits sociaux en créant des moyens y afférents⁹⁰⁶. C'est à juste titre que le juge constitutionnel français observait « *qu'il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives de déterminer,*

⁹⁰¹L'un des éléments qui caractérisent la nation ou par lesquels les personnes qui en constituent la substance s'identifient, ce sont les mœurs. L'une des définitions données à la nation le démontre : «la nation est une ouverture, constituée par les liens contractuels, qui se sont réalisés historiquement dans une communauté de personnes unie par le désir de vivre ensemble sous les mêmes lois, les mêmes mœurs et les mêmes institutions. » TRADIVEL E., *Op.cit.*, 2016, p.54.

⁹⁰² La république est un régime politique que l'Etat organise par une constitution. Celle-ci constitue sa base juridique. CHABROT C., « Ceci n'est pas une cinquième république », *Revue française de droit constitutionnel*, n°82, 2010, p. 259.

⁹⁰³ La décision du Conseil constitutionnel n°71-44 du 16 juillet 1971 consacre cette prise en compte ou cette considération constitutionnelle. Pour en savoir plus, voir BOUDOU G., « Autopsie de la décision du conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *Revue française de droit constitutionnel*, n°97, pages 5-120.

⁹⁰⁴ Après l'insertion du préambule de 1946, la Constitution de 1958 selon certains auteurs comme POIMEUR Y., et HAURIOU M., était devenu une constitution sociale. Voir ROUSSILLON H., ESPLUGAS P., *op.cit.*, p.65. POIMEUR Y., « Réception du préambule de la constitution de 1946 par la doctrine juridique, la construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs », *Université de Picardie jules verne*, 2006, page 99.

⁹⁰⁵ Indirectement la constitution française de 1958 consacre ces droits à travers l'accès aux fonctions électives et mandat électoraux. L'article 1^{er} de cette constitution en dispose ainsi que «la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

⁹⁰⁶ Nous faisons ici allusion à l'exemple des lois relatives aux droits des malades : la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, aussi appelée loi Kouchner ou loi anti-Perruche a été promulguée par le Président de la République française, Jacques Chirac. Considérée comme l'occasion de régler les difficultés soulevées par l'arrêt Perruche, cette loi a été élaborée après de nombreuses concertations et déclarée avoir pour objectif la démocratie sanitaire, d'améliorer la qualité du système de santé et de mieux réparer les risques sanitaires.

dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre, qu'il s'agisse des prestations d'assurance maladie, d'assurance vieillesse ou prestations familiales »⁹⁰⁷. Donc, les droits constitutionnels sociaux déterminent davantage de par leur existence et le constant projet de leur création, le domaine d'intervention des institutions politiques. Le législateur doit légiférer en observant les exigences constitutionnelles⁹⁰⁸ et celles-ci tendant à être évolutivement restreintes à la protection des droits parmi lesquels s'illustre la santé, nous en déduisons l'établissement d'un rapport étroit entre fonction politique, conséquence de la jouissance d'un droit politique et les droits sociaux. Toute cette illustration se résume par l'inutilité des pouvoirs politiques qui ne valorisent pas les droits sociaux. Elle incite à la construction d'un Etat de droit social⁹⁰⁹ et l'adoption constante d'une politique sociale⁹¹⁰. Elle réaffirme enfin la valeur d'une société et ses institutions par la consécration des droits dans la Constitution qui en constituent une garantie. Nous évoquons, à ce propos, l'article 16 de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789 aux termes duquel « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a point de constitution* ».

Soulignons qu'une telle reconsidération, bien qu'étant valorisante, problématise la qualification de la Constitution sujette à une révision. Nous relevons, en nous appuyant sur cette imbrication prônée l'inadéquation de l'appellation « Constitution de 1958 »⁹¹¹. Nous la discréditons en évoquant la consistance de la Constitution de 1946 que font les droits sociaux fondamentaux⁹¹². Pour être plus précis celle qui, bien qu'étant anachronique, aurait dû primer et qui est l'est

⁹⁰⁷Décision 97-393 DC du 18 décembre 1997, loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

⁹⁰⁸ Le respect de ces exigences évoquées dans le cadre de la protection des droits et libertés constitutionalisés constitue une garantie légale. Le législateur, légiférant est dans l'obligation de mettre en œuvre ces exigences ou de les conforter. Pèse à cet égard sur le juge constitutionnel une obligation de protection qui consister à imposer au législateur une action positive. Voir MOLLION G., « Les garanties légales des exigences constitutionnelles » *Revue française de droit constitutionnel*, n° 62, 2005, pages 257-282.

⁹⁰⁹HERRERA C-M., « La sociale-démocratie et la notion d'Etat de droit à Weimar », in Olivier Jouanjan (dir.), *Figure de l'Etat de droit. Le Rechassât dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg : Presse Universitaire de Strasbourg, 2001, pp.343-372 (repris dans Carlos Miguel HERRERA, *Droit et Gauche*. Pour une identification, Québec : Presses de l'Université Laval, 2003).

⁹¹⁰ LOCHEN V., « Santé publique et intervention sociale », *Comprendre les politiques sociales*, 2003, pages 387-418.

⁹¹¹ Cette appellation est officiellement présentée dans une lettre de publication au journal officiel du 5 octobre 1958 texte ayant reçu le sceau de la république. Voir les originaux numérisés des Constitutions françaises et leur révision à l'adresse : <http://www2.culture.gouv.fr/documentation/%20archim/constitutions.htm>.

⁹¹² Cette consistance est complétée par la charte de l'environnement intégrée en 2004.

implicitement par plusieurs commentaires jurisprudentiels⁹¹³, c'est la dénomination « Constitution de 1946 ». Mais, elle reste démodée. Donc, en lieu et place de choisir ces deux dénominations qui peuvent prêter à controverse pour des raisons évoquées, nous suggérons le choix d'un nom propre icône de la défense des droits fondamentaux pour être l'éponyme de l'actuelle constitution.

Encore une fois le droit constitutionnel en vigueur, dit droit positif, est caractérisé par celui du passé et conforté par lui. La suivante interprétation constitutionnelle d'une disposition nous le démontrera davantage.

B- Interprétation d'une disposition constitutionnelle obsolète relative aux mœurs

La Constitution française de l'an III fait partie de celles qui sont intéressantes seulement pour quelques-unes de ses dispositions. Ainsi, sa reconsidération que nous prônons, est liée à l'importance d'une partie de l'article 356 : « *la surveillance des professions qui intéressent les mœurs publiques par la loi* ». Elle exige que les professions ayant un intérêt pour les mœurs publiques soient soumises à un contrôle législatif. Ceci résulterait certainement du fait que ces mœurs publiques incarnent une identité nationale⁹¹⁴, nous le rappelons. Nous en déduisons alors qu'il existe d'autres mœurs non publiques qui ont une nature malsaine ou sont pernicieuses et doivent par conséquent faire l'objet d'une surveillance législative. Une étude sémantique permet d'éclairer nos propos :

Le petit Robert, comme tout autre dictionnaire français définit isolément les mœurs de plusieurs façons sans référence exacte au droit : « *Habitude d'une société, d'un individu, relative à la pratique du bien ou du mal et habitude de vie, coutume d'un peuple d'une société* »⁹¹⁵. Dans cette première acception nous relevons la référence faite aux bonnes ou mauvaises mœurs à travers la mention « pratique du bien ou du mal ». Les bonnes mœurs sont définies par ce même document comme étant « *un ensemble de règles imposées par la morale sociale* ». Celle-ci, sans mentionner un instrument juridique, dénote une restriction. Elles seraient dans la tradition

⁹¹³ Cette référence est en substance celle du Conseil constitutionnel s'en référant pour la protection des droits et libertés qu'il renferme.

⁹¹⁴ TRADIVEL E., *Op.cit.*, 2016, p.54.

⁹¹⁵ *Le petit robert de la langue française*, Paris, édition millésime, 2022, p.1616.

juridique, un ensemble de valeurs socialement partagées dont le respect s'impose à tous les membres de la société. La traduction de ces valeurs en terme juridique a donné de multiples règles de conduite formulées par la tradition romaine et doctrinale que sont la loyauté, la probité, la conscience, l'honnêteté etc...⁹¹⁶ Brièvement ces conduites constituent une morale sociale qui correspondent aux bonnes mœurs et toutes celles qui en sont contradictoires ont un caractère socialement immoral et correspondent aux mauvaises mœurs. Donc les bonnes mœurs ont une acception positive⁹¹⁷ contrairement aux mauvaises. Ce sont des habitudes sociales qui ne sont pas des vices et sont perçues comme toute disposition habituelle au bien que doivent conserver et promouvoir les lois ainsi que les autres instruments juridiques notamment la Constitution. Les mauvaises mœurs, pour préciser, constituent une ou des conduites isolées de celles d'un grand nombre, dont le caractère répréhensible est consacré par la loi. Elles consistent alors à la non-participation au contrat social relatif aux conduites⁹¹⁸. Elles sont donc sur la base de la morale sociale, de la moralité, un objet de censure du droit.

En se référant à ces différentes définitions, des pratiques comme l'avortement autorisé sous des conditions, l'excision, la prostitution, le mariage (mariage pour tous pour préciser) peuvent être qualifiées de bonnes ou mauvaises mœurs : par exemple entre 1890 et 1950 l'avortement était considéré comme étant une mœurs dangereuse, un fléau démographique contre lequel, pour des raisons sanitaires, une lutte préventive était engagée. De multiples moyens en étaient ainsi portés par les groupes de pression et discutés avec le parlement : la levée du secret médical, l'instauration de l'excuse absolutoire, la mise en place d'une brigade de police dans la chasse à l'avortement, le contrôle des sage-femmes et des maisons de naissance ou encore l'inscription des fausse-couches sur un registre spécial⁹¹⁹. En revanche de nos jours avec l'intervention jurisprudentielle notamment constitutionnelle, la qualification de cette pratique est mitigée. A partir du considérant du Conseil constitutionnel selon lequel « *l'interruption volontaire de grossesse peut être effectuée entre le dixième et le douzième mois sans qu'elle ne soit menaçante*

⁹¹⁶ SENN F., « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, pages 56-58.

⁹¹⁷ Cette positivité est affirmée historiquement par des auteurs comme tribun abordant la notion des bonnes mœurs dans le cadre du droit des contrats et de son insertion dans le code civil. Voir tribun Hugué, séance du 19 frimaire an X, arch. Parl., 2^e série, T. III, p. 98.

⁹¹⁸ Nous entendons l'entente sur toutes conduites socialement acceptées et non sanction par la loi.

⁹¹⁹ CAHEN F., *Gouverner les mœurs. Lutte contre l'avortement en France 1890-1950*, Paris édition études et enquêtes historiques, 2016, 415.

pour la santé de la femme »⁹²⁰ nous pouvons en tirer deux appréciations : la première, est qu'avant les périodes susmentionnées l'exécution de l'interruption volontaire de grossesse peut être qualifiée d'une bonne mœurs et ce tenant compte du fait qu'elle ne soit pas préjudiciable à la santé. La seconde, affirme le contraire lorsqu'elle est faite après ces périodes. Cette précision prouve que les mœurs, autant qu'elles sont difficilement définissables, sont susceptibles de plusieurs interprétations⁹²¹.

Quant au terme « publique », mentionné dans l'article 356 de la constitution thermidorienne pour qualifier et distinguer les mœurs saines, des autres qui ne le sont pas, il peut avoir deux significations. Plus abordé en sociologie, il indique vaguement un groupe de personnes : usagers, récepteur, destinataires, co-énonciateur, participants, lecteurs, spectateurs, auditeurs, auditoires⁹²². Dans un autre contexte, il désigne « *ce qui appartient à l'Etat, ses collectivités et qui est ouvert ou destiné au public* »⁹²³. Cette dernière définition plus exploitable juridiquement désigne une chose ou un concept (conduite, sociale infrastructure...) qu'approuvent les pouvoirs publics notamment législatifs. Nous ne pouvons donc pas qualifier de publique l'excision qui fait l'objet d'une prohibition législative en France. En d'autres termes, le législateur la désapprouve et la rend inaccessible au public.

De ce qui précède nous pouvons affirmer que la Constitution française de 1795 fut une norme réprobatrice de l'excision laissant entendre que le constituant d'alors avait envisagé son interdiction sans pour autant le mentionner. Cette réprobation est cependant fondée sur sa nature pernicieuse qui s'est longtemps avérée. De nos jours les lois françaises⁹²⁴ qui l'interdisent étant

⁹²⁰ Dans sa décision du 15 janvier 1975 n°74-75 DC et celle du 27 janvier 2001-446DC, le juge constitutionnel française indiquait dans l'un de ses considérants (7) que « l'interruption volontaire de la grossesse constitue un acte médical plus délicat lorsqu'elle intervient entre la dixième et la douzième semaine, elle peut être pratiquée, en l'état actuel des connaissances et des techniques médicales, dans les conditions de sécurité telles, que la santé de la femme ne se trouve pas menacée... ».

⁹²¹ « *La notion de bonnes mœurs apparaît extrêmement complexe, très fluctuante dans la mesure où elle est douée d'une capacité englobante autorisant l'interférence des prescriptions de toute origine : normes morales, principes chrétiens, valeurs sociales ; autant de règles qui ont pu pénétrer indistinctement dans le champ du droit grâce à la souplesse du système juridique dans l'ancien régime un exemple topique est aussi donné par le droit des biens ; en ce sens* » : PATAULT (A-M.), *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F, 1989, p. 133-135 ; 230.

⁹²² <https://www.revue-interrogations.org/Reperes-interdisciplinaires-sur>

⁹²³ *Le petit robert*

⁹²⁴ Nous faisons allusion à deux catégories de textes que nous nous permettons de mettre en exergue pour plus de précisions : d'abord en matière civil, trois dispositions protègent le corps contre les actes néfastes comme l'excision. En vertu de l'article 16 du code civil qui 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. L'article 16-1 du code civil précise quant à lui que chacun a le droit au respect de son corps qui est inviolable. L'article 16-3 du code civil

observées par les citoyens, nous aurons pu inconsidérément dire qu'il n'est pas impérieux d'en faire un sujet de débat doctrinal, mais puisque la France connaît une affluence d'immigrées chaque année qui arguent de sa menace (du fait qu'elle porte atteinte à leur santé) pour obtenir l'asile politique, il serait non pas impératif mais nécessaire de s'y intéresser : aborder la possible constitutionnalisation de son interdiction sur le fondement du droit à la santé, voire du respect à la dignité et analyser les possibilités de son estimation à des fins d'octroi de l'asile.

Para II - L'excision, une mœurs nuisible à la santé et fondement du droit d'asile constitutionnel

L'excision, l'une des mœurs préjudiciables à la santé pourrait être un fondement constitutionnel du droit à l'asile politique. Cette considération repose sur deux argumentations : la première, tient au contexte, elle consiste en la nécessité d'élever ce droit constitutionnel de séjourner sur les territoires français et rendre plus subsidiaire les références institutionnelles aux instruments internationaux, notamment les Conventions de Genève de 1951 et de l'Europe de 1950 qui en servent (A). La seconde, tient au fondement qui est le respect de l'exercice d'une liberté sexuelle déductible du refus de se soumettre à cette pratique tenant compte du fait qu'elle soit inhumaine, dégradante et porte par conséquent atteinte à la santé, ce qui aurait d'ailleurs pu être relevée par le Conseil constitutionnel suite à l'examen d'un recours en inconstitutionnalité, par autosaisine indirecte (B).

dispose qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Puis les textes pénaux : Article 222-9 du code pénal fait allusion aux violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de 10 ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende. L'article 222-10 aggrave la peine à 15 ans de réclusion criminelle si la mutilation est commise sur un mineur de moins de 15ans. La même disposition prévoit que la peine encourue est portée à 20 ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est commise sur un mineur de 15ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur. Aux termes de l'article 222-7 les violences ayant entraîné la mort sans intention de donner sont punies de 15ans de réclusion criminelle. L'article 222-8 du code pénal aggrave la peine à 20 ans de réclusion criminelle lorsqu'elle concerne un mineur de 15ans. Le même article impose une peine de 30 ans de réclusion criminelle si elle est commise par un ascendant ou toute personne ayant autorité sur ce mineur. L'article 222-1 du code pénal se rapporte à l'excision en faisant allusion à la torture ou des actes de barbarie qui sont punis de 15 ans de réclusion criminelle. Enfin, l'article 222-3 prévoit une peine de 20 ans de réclusion criminelle s'ils sont commis sur un mineur de 15 ans. La peine encourue est portée à 30ans de réclusion criminelle par le même article lorsque l'infraction est commise sur un mineur de 15 ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur.

A- Contexte de constitutionnalisation

Les normes constitutionnelles ou législatives sont perfectibles, sujettes à des interprétations et des révisions et critiques scientifiques qui doivent être focalisées sur la protection du droit à la vie et à la santé de l'individu⁹²⁵. Cette interpellation nous incite à constater, à l'issue d'une lecture, qu'aucune disposition de la Constitution française ne prévoit l'interdiction de l'excision comme étant un fondement de l'octroi de l'asile. Des expressions semblent implicitement l'y indiquer, mais elles restent obscures sous réserve de recourir à une interprétation :

*« Tout persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République », « les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».*⁹²⁶

Ces deux dispositions accordent aux étrangers le droit de séjourner en France en tenant compte des menaces qui leurs sont faites dans leur Etat d'origine. Ces menaces résultent de la jouissance d'une liberté consacrée par la Constitution française. L'expression « autre motif » constitue selon nous une extension ou une dérogation dans laquelle nous identifions le droit de séjour justifié par la menace d'être excisé. Mais, elle reste inaccessible sans interprétation constitutionnelle. La Convention de Genève de 1951⁹²⁷ et celle de l'Europe de 1950 qui protègent les droits de l'Homme⁹²⁸ sont le plus souvent les textes de recours. Nous en déduisons un vide constitutionnel comblé par les textes internationaux, ce qui en notre sens, affecte l'autonomie de l'Etat que caractérise l'autosuffisance normative fondée sur la consistance de la Constitution et des textes législatifs. Il est pourtant déplorable que ces deux instruments, la Constitution notamment, qui constitue la référence incontournable soit déficitaire affectant ainsi « l'autocréativité » de l'Etat français. Des auteurs paraphrasant Michel VIRALLY affirmaient à juste titre que « *L'Etat trouve*

⁹²⁵ Parce que ce sont deux droits interdépendants auxquels est lié l'exercice des autres. Voir ROMAN D. (Dir), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, édition, Pédone, 2012.

⁹²⁶ Il s'agit respectivement de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 53-1 de la Constitution.

⁹²⁷ Article 1 et 2 de ladite convention.

⁹²⁸ Article 1- énonce la but de la convention : « *de protéger les femmes contre toutes les formes de violence, et de prévenir, poursuivre et éliminer la violence à l'égard des femmes et la violence domestique; b de contribuer à éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de promouvoir l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, y compris par l'autonomisation des femmes; c de concevoir un cadre global, des politiques et des mesures de protection et d'assistance pour toutes les victimes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique; d de promouvoir la coopération internationale en vue d'éliminer la violence à l'égard des femmes et la violence domestique.....* »

*en lui-même, dans l'assentiment du groupe qu'il intègre, le fondement de sa légitimité. Tout ordre étatique est autocréateur et se développe à partir des sources originaires qui lui sont propres et qui n'ont besoin pour affirmer leur validité de se référer à aucune norme supérieure. L'ordre juridique étatique se forme en dehors du droit international et sans lui »*⁹²⁹. On pourrait croire qu'il incite à la création des textes juridique internes, ce qui rend subsidiaire la référence aux textes internationaux ainsi que les recours aux juridictions supra-étatiques qui s'y réfèrent en cas de litige qui résulte de leur application. Facteur d'efficacité du système de protection des droits de l'homme, ceci permettrait aux responsables de protection c'est-à-dire les Etats d'avoir des pouvoirs plus étendus. Premiers responsables de la garantie des droits fondamentaux, ils sont à bien des égards les mieux aptes à assurer une protection plus complète et efficace de ces droits, affirmait Timothée Paris⁹³⁰. La Cour européenne des droits de l'homme se montre favorable à cette idée en observant qu'elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes faute de quoi elle perdrait de vue la subsidiarité⁹³¹ du mécanisme international de garantie collective instaurée par la Convention⁹³². Elle considérait aussi que « *les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu des exigences de l'ordre public et de la nécessité de restriction d'une liberté sur le fondement des textes* »⁹³³. Elle a enfin jugé qu'en vertu de l'article 1er de la Convention, la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés que celle-ci garantit reviennent aux autorités nationales et que le mécanisme de

⁹²⁹CAPITANT H., TERRE F., *Les grands Arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 12^{ème} édition 2007, p. 2.

⁹³⁰https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-subsidiarite-et-la-protection-europeenne-des-droits-de-l-homme#_edn1

⁹³¹ La définition et la finalité du principe de subsidiarité réside dans l'octroi d'un certain degré d'indépendance à une autorité subordonnée vis-à-vis d'une autorité de niveau supérieur, notamment d'une autorité locale envers le pouvoir central. Il y va donc du partage des compétences entre les divers échelons de pouvoir, principe qui constitue le fondement institutionnel des Etats à structure fédérale. Appliqué au cadre de l'Union, le principe de subsidiarité sert de critère régulateur de l'exercice des compétences non exclusives de l'Union. Il exclut l'intervention de l'Union lorsqu'une matière peut être réglée de manière efficace par les Etats membres eux-mêmes à leur niveau central, régional ou local. Il ne légitime l'exercice par l'Union de ses pouvoirs que lorsque les Etats membres ne sont pas en mesure de réaliser les objectifs d'une action envisagée de manière satisfaisante et que l'action au niveau de l'Union peut apporter une valeur ajoutée. Aux termes de l'article 5, paragraphe 3, du traité de l'Union européenne, l'intervention des institutions de l'Union au nom du principe de subsidiarité suppose que soient réunies trois conditions : primo, il ne doit pas s'agir d'un domaine relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne (compétence non exclusive). Secondo les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints d'une manière suffisante par les Etats membres (nécessité). Tertio l'action peut être mieux réalisée, en raison de ses dimensions ou de ses effets, par une intervention de l'Union (valeur ajoutée).

⁹³² CEDH 23 juillet 1968, affaire linguistique belge.

⁹³³ CEDH plén.7 décembre 1976 *hanside/Royaume-Uni*, §48

plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme⁹³⁴.

Eu égard à cette considération, l'Etat Français par le truchement du Conseil constitutionnel, se doit, ne serait-ce qu'indirectement, de consolider le droit à l'asile en tant qu'institution, en se prononçant sur le caractère pernicieux de l'excision, ce qui sous-entend la constitutionnalisation de sa prohibition. Mais, en s'y abstenant, elle fait constamment du droit d'asile politique, un droit conventionnel comme le Conseil constitutionnel l'a lui-même indiqué implicitement dans des décisions. En janvier 1980, il l'observait en considérant que l'absence de contradiction de loi relative à la prévention de l'immigration clandestine avec le droit d'asile résulte du fait que celle-ci n'apporte aucune modification aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour en France, lesquelles réservent expressément l'application des Conventions internationales notamment celle de Genève sur le statut des réfugiés du 28 juillet 1961⁹³⁵. En septembre 1986, il l'affirmait aussi en considérant que le 4^{ème} alinéa du préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 selon lequel « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la république* », est un principe qui est mis en œuvre par la loi et les Conventions internationales et que ces dites conventions, sur le fondement de l'article 55, sont supérieures à loi⁹³⁶. Donc, autant dire que le Conseil constitutionnel au lieu de critiquer, doit davantage constitutionnaliser le droit d'asile, à travers l'interdiction constitutionnelle de cette pratique au regard des droits.

⁹³⁴ Aussi l'affaire Scordino c. Italie de 2006. Voir aussi concernant la subsidiarité, SURDE F., *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, (dir.), éd. Anthémis, 2014, p. 24 : « La spécificité « fonctionnelle » du principe conventionnel en comparaison des autres applications rencontrées en droit positif » ; voir également Suivi d'Interlaken, principe de subsidiarité, note du juriste de la Cour européenne des droits de l'Homme, juillet 2010, p. 2.

⁹³⁵Décision n°79-109 DC du 19 janvier 1980.

⁹³⁶Décision n° 86-216 DC du 03 septembre 1986. Voir aussi a propos la Décision n° 86-216 DC du 03 septembre 1986.

B- Les fondements de la constitutionnalisation

L'estimation constitutionnelle de l'interdiction de l'excision comme fondement du droit à l'asile politique pourrait reposer en notre sens sur le respect de la jouissance d'une liberté sexuelle. Cette dernière est déductible du refus de se soumettre à cette pratique compte tenu fait qu'elle soit dégradante et par conséquent attentatoire à la santé, dont la garantie est un droit fondamental consacré dans la Constitution⁹³⁷.

En effet, en statuant sur une requête relative à l'octroi du statut des réfugiés, le Conseil d'Etat observait que « *Si dans des populations dans lesquelles les mutilations sexuelles féminines sont couramment pratiquées au point de constituer une norme sociale, les enfants et les adolescentes non mutilés constituent de ce fait un groupe social* »⁹³⁸. Sans l'envisager, la haute juridiction attribuait implicitement une liberté sexuelle à ces éventuelles victimes choisissant de ne pas se soumettre à cette mutilation génitale qui s'avère dégradante, donc attentatoire à la dignité de la personne humaine qui constitue la matrice « de la matrice générale *de la santé* »⁹³⁹ comme le relève le Conseil constitutionnel⁹⁴⁰ et la Cour européenne des droits de l'homme en référence à l'article 3⁹⁴¹ de la convention de l'Europe de 1950. Cette option est garantie par la Convention internationale des droits de l'enfant qui voudrait que les opinions des enfants qui sont capables de discerner soient prises en compte⁹⁴². L'Etat se doit de valoriser la jouissance de cette liberté sexuelle promotrice de la santé à travers l'interdiction de la pratique et sur le fondement duquel l'asile peut être accordé.

Notons qu'il ne faut toutefois pas confondre l'exécution de cette pratique à l'exercice d'une liberté. La jouissance de cette dernière qui constitue un important droit prévu par la Constitution

⁹³⁷Voir alinéa 1 du préambule de la Constitution française de 1958.

⁹³⁸ CE, Assemblée, 21 décembre 2012, Mme F., n° 332491, au recueil.

⁹³⁹ DRAGUO G, « Droit à la santé : un droit constitutionnel effectif ? », *Revue juridique de l'Ouest*, numéro spéciale 2015, p. 23.

⁹⁴⁰ Décision n°94-343/344DC du 27 juillet 1994, cons.18.

⁹⁴¹ Par exemple dans l'affaire Omeredo C. Autriche, la Cour déclarant irrecevable la requête de la requérante qui demandait l'asile pour fuir les mutilations génitales féminines, précisait toutefois qu'elle ne contestait pas que le fait de soumettre à cette pratique quelques individus que ce soit, des enfants ou des adultes, serait constitutif d'un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme aux termes duquel : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Pour plus de détail faisons particulièrement allusion à la liaison santé et torture, voir GOMEZ-MANGO E., « De la torture et du secret », *Revue migration santé*, n°53, 1987, pp. 42-46.

⁹⁴² Article 12 : « *les Etats partis garantissent à l'enfant qui capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.* »

de 1958⁹⁴³ ne doit pas avoir une finalité malsaine. Ce serait en d'autres termes, la confusion de l'exercice d'une liberté avec une conduite asociale : pour telle ou telle raison⁹⁴⁴, l'individu en use dans la solitude en se soustrayant des limites constitutionnelles ou législatives. Cette attitude est le plus souvent fondée sur la perception de la liberté comme pouvoir de disposer de sa propre personne qui repose sur la souveraineté, l'indépendance, l'autonomie et le libre-arbitre de l'individu. Elle a pour visée « le libre choix »⁹⁴⁵ et relève de la subjectivation des droits de l'homme conduisant à exiger d'autrui le respect de nos choix ou ne pas y interférer. Mais elle a une limite qu'est l'immixtion justifiée de l'Etat⁹⁴⁶. Il s'agit par exemple sur le fondement des dommages corporels pouvant en résulter, de l'interdiction de l'excision indument pratiquée⁹⁴⁷.

Ces illustrations auraient pu être précisées par le juge constitutionnel dans sa décision relative à la maîtrise de l'immigration⁹⁴⁸ par une autosaisine⁹⁴⁹ : appréciant selon cette démarche qui est la sienne, nous soutenons que dans le cadre de la maîtrise de l'immigration, le droit à la protection sanitaire sert doublement de fondement d'octroi de l'asile pour échapper à l'excision. D'abord en amont, ce qui n'est envisagé que par des textes conventionnels, d'où la présente perspective de constitutionnalisation, mais aussi en aval. En effet, autant l'étranger doit bénéficier de la

⁹⁴³ Il s'agit de la définition au sens matériel, dite traditionnelle de la Constitution. Selon cette acception « la Constitution au sens matériel du terme est un ensemble de dispositions organisant les pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions et les libertés des citoyens... ». GAIA P., FAVOUREU L., GHEVONTIAN R., & alii., *op.cit.*, p. 79.

⁹⁴⁴ Les raisons sont le plus souvent celle d'éviter ou d'échapper à une intimidation massive ou plutôt à un ostracisme. L'on a énoncé l'exemple du fait que la femme soit exposée à une ironie à partir du moment où elle ne s'était pas faite excisée. En cas de décès la femme qui n'est pas excisée est sujet au déshonneur à la mort. Lors de la toilette mortuaire, le clitoris doit être coupé. *Ibid.*

⁹⁴⁵ ZIELINSKI A., « Le libre choix de l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société* n°4, 2009, pages 11-24.

⁹⁴⁶ MENKE C., « De la dignité de l'homme à la dignité humaine : le sujet des droits de l'homme » en hommage à HAUKE brunkhorst pour son 60ème anniversaire, *Revue franco-allemande des sciences humaines et sociales*, n°03, 2009.

⁹⁴⁷ Il est aussi question, comme le démontre Daniel Borrillo, de la protection de l'individu contre lui-même au nom de la dignité humaine. Il s'agit, en plus, de la protection d'une humanité qui nous habite. L'état se substitue à nous pour le faire de force, si nos désirs nous en font obstacle. Voir à ce BORRILLO D., *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Paris, édition textuel, 2019, p.53.

⁹⁴⁸ Décision n°93-325 DC du 13 août 1993. La loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et séjour des étrangers en France.

⁹⁴⁹ Rappelons qu'il lui est loisible, en examinant la constitutionnalité d'une disposition précise, de statuer sur une autre, en raison de son impact sur la première ou en tenant compte de la corrélation qui existerait entre elles. Donc des pratiques ou des situations régies par le même droit pourraient aussi en faire l'objet. L'avortement et l'excision peuvent être considérés comme étant de la même catégorie juridique d'appréciation, le juge constitutionnel pouvant se fonder sur un droit fondamental constitutionnel, le droit à la protection de la santé, pour y statuer. Il faut par contre préciser que si sur la première pratique le juge constitutionnel a une position mitigée, sur le deuxième il doit être catégorique, prononçant une interdiction. Voir à ce ROUSSILLON H., ESPLUGAS P., *Op.cit.* p. 34.

protection de l'Etat français donc du droit d'asile politique, quand des menaces attentatoires à la santé lui sont faites, il en a le droit lorsque que ces menaces sont mises en exécution et quelles ont eu pour effet des dommages corporels. Il s'agit pour lui, dans ce second cas de figure, d'être admis sur les territoires de la République française pour la réparation de l'appareil génital endommagé par l'excision provoquant ainsi de vives douleurs⁹⁵⁰. Sous-tendue par l'idée de rendre plus efficiente la politique de l'immigration fondée sur la protection sanitaire, cette intervention médicale prise en charge par la sécurité sociale est par conséquent l'argument par excellence ouvrant droit à l'asile (constitutionnel) sur le territoire de la République française. Ainsi, toute mineure sur laquelle cette pratique dégradante est déjà réalisée de force, et qui a eue sur elle de tels effets, pourrait demander l'asile politique pour des raisons sanitaires. Si dans des pays d'Afrique francophone comme le Sénégal, il y a des médecins assermentés⁹⁵¹ pouvant remédier à tout dommage vaginal, dans d'autres comme la Guinée qui peine à éradiquer des épidémies, les chances sont minimes. Et si l'excision y est pratiquée sur 97% des filles, il est fort probable que la moitié ait l'appareil génital endommagé par l'ablation du clitoris. Ce sont des raisons qui ne sont cependant considérées qu'avec l'implication des médecins certifiant la dégradation sanitaire, autant dans le pays d'origine qu'en France⁹⁵². Ce qui renforce cette procédure d'admission d'un étranger sur le territoire afin de bénéficier des soins qu'il n'a pas dans son pays d'origine⁹⁵³.

Soulignons que l'abstention du Conseil constitutionnel de relever cette inconstitutionnalité a indirectement provoqué une erreur juridictionnelle. Des juridictions nationales ne pouvant se référer qu'à la Convention de Genève de 1951 ont rendu des verdicts injustes : l'article 1^{er} de cette convention dispose que « *le statut de réfugié n'est octroyé qu'aux seules personnes persécutées en fonction de leur race, de leur origine, leur sexe, ou leur appartenance à un groupe social* ». Il revient donc à toute personne menacée ou persécutée ou à son représentant

⁹⁵⁰ <http://www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr/sites/default/files/Dalloz%202012%20p93-112.pdf>.

⁹⁵¹ <http://www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr/sites/default/files/Dalloz%202012%20p93-112.pdf>.

⁹⁵² En France, des institutions comme le Comède, comité pour la santé des exilés, se met à la disposition des étrangers qui le sollicitent, notamment pour la délivrance après constat d'une sérieuse dégradation sanitaire après une torture. Voir à ce propos Le guide du Comede 2003, certification médicale pour la demande d'asile. Voir aussi FASSIN D., « Quand le corps fait la loi. La raison humanitaire dans la procédure de régularisation des étrangers. Les principes de justice de l'expertise médicale », *Sciences sociales et santé*, n°4, 2001, p. 14. NOIRIEL G., « Réfugiés et sans papiers, la république face au droit d'asile XIXe-XXe siècle, pluriel », *Revue population*, n°54-4-5, 1999, pp.823-824.

⁹⁵³ GAIA P., GHEVONTIAN F.,&alii., *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 18^{ème} édition 2015, p. 401.

légal de prouver qu'elle fait partie d'un groupe afin de bénéficier d'une protection étatique. Une simple notion « de groupe » prime sur la menace individuelle même si elle s'avère préjudiciable à la santé, ce qui est pourtant contradictoire. Le Conseil d'Etat aurait annulé, en tenant compte du caractère manifestement erroné, un arrêt de la Cour nationale du droit d'asile qui subordonnait le refus d'octroi du statut de réfugié à une mineure menacée d'excision, à cette notion de « groupe social »⁹⁵⁴. La constitutionnalisation de cette pratique dégradante en référence à la protection sanitaire aurait pu éviter cette décision de la Cour qui fut désapprouvée. Elle aurait pu prendre pour appui la norme constitutionnelle et reléguer la Convention de Genève de 1951.

La prohibition constitutionnellement de cette pratique est autant importante qu'elle trouve une consistance dans le droit médical à travers l'extension sur elle du principe d'inviolabilité du corps humain.

Section II - l'application du principe d'inviolabilité du corps à la prohibition constitutionnelle de l'excision

L'application de l'inviolabilité du corps humain à l'interdiction constitutionnelle de l'excision la rendrait plus consistante : anciennement connu sous le nom d'indisponibilité du corps humain, et réservé aux opérations de la biomédecine tel que le don d'organe, ce principe a pour substance le respect du consentement. Ce dernier exigé par des mineures capable de discernement, constitue un rempart à l'exécution des mutilations génitales, une pratique dégradante et attentatoire à la santé qu'elles peuvent subir. Il s'agit d'une extension de ce principe (Paragraphe I) sur le fondement du consentement qui trouverait plus une explication constitutionnelle dans la non-appropriation du corps humain que nous percevons comme une propriété privée. L'usage de cette dernière ou l'atteinte qui doit y être faite, ne devant recueillir préalablement un acquiescement (Paragraphe II).

⁹⁵⁴ CE, Assemblée, 21 décembre 2012

Para I - Applicabilité du principe de l'inviolabilité du corps humain et la particularité liée aux mineures

La méthodologie juridique voudrait que nous évoquions le domaine d'application de ce principe, à travers une définition ainsi qu'une circonscription et si nous comptons, pour des raisons en l'occurrence sanitaires l'étendre sur un autre, que nous en donnions des précisions. C'est pourquoi nous rappellerons préalablement le champ d'application habituel de l'inviolabilité du corps humain qui est la biomédecine, exposerons comment elle prohibe toute chosification du corps humain et promeut le respect de la dignité de la personne humaine (A) et l'érigerons en un principe dissuasif de l'exécution de l'excision sur la base du droit au respect consentement des mineures qui nécessite des précisions, car elles sont des sujets de droit n'ayant pas atteint la majorité (B).

A- Champ d'application classique et nouveauté du principe

Le droit médical, un aspect du droit de la santé compte quelques principes dont le respect est exigé des professionnels de santé au profit des patients. Nous nous intéressons à l'indisponibilité du corps humain, l'un de ces vieux principes qui « *s'oppose à ce que le corps humain soit mis à disposition, vendu, donné ou fasse l'objet d'une convention quelle que soit sa nature, gratuite ou onéreuse* »⁹⁵⁵. D'une importance non négligeable le juge le reconnaîtra comme étant un principe d'ordre public en y faisant référence pour se prononcer sur la licéité des conventions des mères porteuses et celle des nouvelles associations destinées à rapprocher l'offre des femmes fécondes et la demande de couples stériles⁹⁵⁶. La Cour de cassation l'a consacré dans un arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991 rendu sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formée par le procureur général près la Cour de cassation à propos de la légalité d'une convention de mère porteuse⁹⁵⁷. Longtemps ignorée par le législateur, elle sera considérée dans les années 1992. Bernard Bouliac, rapporteur chargé d'analyser les projets de loi constituant les premières dans le cadre de la

⁹⁵⁵Rapport n°3812 de l'Assemblée nationale. Fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi constitutionnelle (n°1354) visant à rendre constitutionnel le principe d'indisponibilité du corps humain, p. 7.

⁹⁵⁶ Voir notamment, sur ce sujet, TGI Marseille, 16 décembre 1987 : JurisData n° 1987-600054, où la convention de mère porteuse est considérée comme nulle car contraire au principe de l'indisponibilité du corps humain fondé sur l'article 1128 du code civil, et TGI Paris, 20 janvier 1988 : JurisData n° 1988- 041202, où l'association de mères porteuses est considérée comme devant être dissoute compte tenu de son objet illicite portant atteinte à l'indisponibilité du corps humain.

⁹⁵⁷Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : JurisData n° 1991-001378

bioéthique⁹⁵⁸ affirmait à propos que « *pour la première fois des dispositions du Code civil viseront spécifiquement le corps humain que le juge n'a pu appréhender jusqu'à présent qu'en lui transposant des dispositions qui relèvent soit du droit des personnes, soit de celui des choses* »⁹⁵⁹. C'est ainsi qu'un statut du corps humain sera considérablement déterminé. Il en résultera l'introduction aux articles 16 et suivants du Code civil, des principes fondamentaux ayant pour objet d'assurer la protection de l'homme contre certains excès de la biomédecine. Parmi ces principes figure l'indisponibilité du corps humain reformulée sous une autre forme, qui est l'inviolabilité prévu à l'article 16-1 du code civil. Celle-ci est substantiellement constituée des éléments caractéristiques tels que le droit au respect de la dignité humaine, l'intégrité du corps humain et le respect du consentement. Il est appliqué au don de sang, à la transplantation des organes et s'oppose à la chosification du corps humain ainsi qu'à son aliénation. Ce principe est donc conçu pour le domaine médical ou des interventions médicales et profite aux patients dans le cadre du respect de leur corps humain.

Supposé flexible à l'instar de toutes les autres notions de droit, il est susceptible de multiples interprétations et extensions nécessaires. Nous croyons pouvoir l'appliquer dans cette logique à la prohibition constitutionnelle de l'excision. Il est d'ailleurs consubstantiel à cette dernière, parce qu'il prône le droit à la santé et le respect de la dignité humaine⁹⁶⁰ l'un des droits précités qui en fait sa consistance. Autrement dit, le droit au respect de la dignité de la personne humaine, élément caractéristique de ce principe, fait la prééminence du droit à la santé⁹⁶¹ fondement de

⁹⁵⁸ Selon la définition donnée par Mme Noëlle Lenoir et M. Bertrand Mathieu dans *Les normes internationales de la bioéthique* (P.U.F., 1998), « La bioéthique se conçoit comme l'ensemble des règles de conduite qu'une société s'assigne afin de faire face aux difficultés ou aux dilemmes nés des avancées des sciences de la vie ».

⁹⁵⁹ Rapport n° 2871 déposé par la commission spéciale sur les projets de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, n° 2600 relatif au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, et modifiant le code de la santé publique, et n° 2601 relatif au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche en vue de la protection ou l'amélioration de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, présenté par M. Bernard Bouliac, Assemblée nationale, IXe législature, 30 juin 1992.

⁹⁶⁰ Décision n°94-343 /344DC du 27 juillet 1994. La loi relative au respect du corps humain et la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Considérant 2 : Le juge constitutionnel l'a consacré ou confirmé sa consécration par le Constitution française invoquant et citant la première phrase du préambule de la Constitution de 1946. « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de sexe, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés » a tiré la conséquence selon laquelle la « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle ».

⁹⁶¹ PICARD. E, *op.cit.*, 1998, p.6.

l'interdiction constitutionnelle de l'excision. De plus, il prône l'exigence de protection du même « *objet de droit* »⁹⁶² c'est-à-dire le corps humain, au même titre que la prohibition de l'excision qu'il est censé consolidé. Donc le contexte d'extension du principe à l'interdiction de l'excision est purement constitutionnel et justifiée. Sa seule particularité qui constituera l'innovation, est la jouissance du droit au respect du consentement, l'un des éléments substantiels dudit principe, afin de désapprouver l'excision. C'est un droit qui pourrait avoir un enracinement constitutionnel. Il s'agit concrètement d'une constitutionnalisation du libre consentement qui rebute théoriquement les efforts des pratiquants des mutilations génitales féminines, préjudiciables à la santé. Cette dite constitutionnalisation n'est par contre compréhensible qu'en évoquant préalablement, les possibilités de l'applicabilité du principe à une mineure.

B- L'applicabilité à une mineure menacée d'excision

Il est concrètement question de l'analyse de la jouissance du principe par des mineures menacées d'excision. Elle repose sur une étude terminologique qui laisse paraître des questions pertinentes, notamment celle de savoir si un individu n'ayant pas atteint la majorité, pourrait consentir à ce qu'il lui soit infligé ou non, une telle pratique attentatoire à sa santé.

L'inviolabilité est le caractère propre de ce qui est inviolable, de ce qu'on ne peut ni enfreindre, ni atteindre, ni aliéner. Il s'agit d'une protection juridique car établie en droit à l'égard des biens, de personnes et/ou des lieux. Le corps humain quant à lui, est susceptible de plusieurs définitions ou a du moins fait l'objet de plusieurs définitions, qui ont pu être exploité juridiquement pour déterminer le degré d'autorité de l'individu sur sa personne. C'est une structure anatomique vivante⁹⁶³, une partie matérielle des êtres animés⁹⁶⁴. Il n'existe pas dès la fécondation. Celle-ci est l'événement préliminaire indispensable, le point de départ d'une évolution qui transformera l'œuf fécondé en embryon d'abord, en fœtus ensuite. Le fruit est un corps à partir du moment où il est viable, c'est-à-dire dès l'instant où, quel que soit son âge, il est potentiellement en mesure d'assumer sa propre vie en tant qu'organisme. Le corps cesse d'exister lorsque la mort a fait son

⁹⁶² « Le corps de la personne, à le supposer en vie, en est une composante indissociable, ce qui conduit à écarter toute idée d'un droit d'une personne sur son corps, non pas pour limiter les pouvoirs de chacun sur lui-même, mais parce que sa liberté est trop fondamentale pour que l'on puisse considérer le corps comme étant un objet distinct du sujet de droit lui-même ». Voir TERRE F., et FENOUILLET D., *Les personnes, les familles, les incapacités*, Dalloz, 7^e édition, 2005.

⁹⁶³ DIERKENS R., *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, Paris, 1966, p. 30

⁹⁶⁴ Le petit Robert, 2013, p. 549.

œuvre, c'est-à-dire lorsque la vie s'en est retirée. À ce moment il se transforme en cadavre⁹⁶⁵. Il désigne aussi ce qui structure anatomiquement l'organisme d'un homme ou d'une femme. Des pieds à la tête, il est nécessairement composé sous l'épiderme d'une structure osseuse, d'un appareil musculaire, de vaisseaux sanguins, d'un système nerveux, respiratoire, digestif, urinaire, reproducteur, endocrinien⁹⁶⁶.

En scrutant conjointement ces différentes définitions, nous constatons a priori que nous avons à faire à un sujet de droit constitué d'un ensemble de fonctions insusceptibles de violation et hors de toute atteinte pernicieuse. Il s'agit des limites souvent fixées par le législateur se fondant sur des motifs qui sont, soit liés à la protection de l'individu ou à celle de la société. Nous en citons logiquement le maintien de l'ordre public⁹⁶⁷ et la protection de la vie privée⁹⁶⁸... Ce sont ce genre de restrictions relevant de la notion d'inviolabilité, qui sont faites par le législateur dans le cadre de la pratique de l'excision. Il s'agit particulièrement d'une interdiction de mettre en péril les mineurs, mais qui reste très vague et susceptible de plusieurs interprétations. L'interdiction de la violation du consentement des sujets de droit concernés pourrait constituer une nouvelle limite législative promouvant le principe de l'inviolabilité du corps humain. Mais sachant qu'il est question d'un sujet de droit n'ayant pas atteint encore la majorité et faisant de plus l'objet d'une protection juridique particulière par des textes internes et internationaux une question en résulte. Celle de savoir si l'on peut parler de la violation du consentement d'un mineur pour l'exécution sur son corps d'une pratique déjà interdite ?

En 2013⁹⁶⁹, le législateur instituait un nouveau délit en punissant de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 75 000 euros « *le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou des contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle alors que cette mutilation n'a pas été réalisée* », « *le fait d'inciter directement autrui [...] à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée* ».

⁹⁶⁵ DIERKENS R., Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, *op.cit.*, p. 27.

⁹⁶⁶ FONTAINE L., « Préface », in J.-M. LARRALDE (dir.), La libre disposition de son corps, Bruylant / Némésis, coll. « Droit et justice », n° 88, Bruxelles, 2009, p. 14.

⁹⁶⁷ Il s'agit plus précisément, dans le cadre de la conciliation de l'exercice des libertés et de l'ordre public, de limiter le premier par le second. Voir MAZEAUD P., « Liberté et ordre public », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel*, 2003.

⁹⁶⁸ MAZEAUD P., « La constitutionnalisation du droit à la protection de la vie privée », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel* n°48, 2015 pages 7-20.

⁹⁶⁹ La loi n°2013-711 du 5 août 2013.

Les expressions « *offres ou des promesses ou proposer des dons, présents ou avantages quelconques et l'intention d'user d'une pression ou des contraintes* » constituent des vices de consentement en matière de conclusion d'un contrat. L'exécution de l'excision ne résulte pas formellement de la conclusion d'un contrat, mais elle relève d'une catégorisation disciplinaire y afférente qui est « le contrat illégal » l'opposé du « contrat légal » : deux contractants, l'un pouvant être majeur et l'autre généralement mineure. Le second dans le cadre de la conclusion des contrats, sauf émancipation, ne peut pas s'engager qu'à travers son responsable l'égal, qui joue le rôle d'autorité parentale. Mais il lui est quand même permis d'exécuter des actes courants qu'autorise la loi pourvu qu'ils soient respectueux des conditions normales et ne lèsent pas⁹⁷⁰. Sachant que la jurisprudence définit l'acte courant comme celui qui ne fait pas courir de risque aux mineurs, nous l'assimilons à ceux qui ne sont pas de nature dégradante ou ne sont pas attentatoire à la santé. Est alors exclue la pratique de l'excision ou toute autre qui s'y apparente. Il serait donc illégal de faire subir à des mineures l'excision, prétextant qu'elle découle d'un contrat, même avec l'aval de l'autorité parentale, parce qu'elle ne réunit pas les conditions que prescrit le Code civil c'est-à-dire l'observation de la santé, l'éducation, la sécurité⁹⁷¹. Aussi sur le fondement des risques sanitaires qu'elles peuvent courir, l'illicéité de son engagement reste prouvée.

En plus de ce premier aspect lié aux contractants, le consentement reste un élément essentiel d'appréciation. Déjà nous fondant sur l'illustration précédente, il n'y a pas lieu de s'interroger s'il est légal ou pas ou d'apprécier son échange dans le contexte de la pratique de l'excision. Autrement dit, à partir du moment où la pratique de l'excision ne résulte pas d'une relation qui ne réunit pas les conditions d'un contrat et est par conséquent illégale, il n'est d'aucune utilité de s'interroger sur le respect du consentement. Mais à supposer qu'on soit dans le cadre d'un

⁹⁷⁰ Article 1148 « toute *personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales* ».

⁹⁷¹ Pour son caractère attentatoire à la santé, la pratique l'excision n'est pas l'une des composantes des prérogatives d'autorité parentale. Suite à une saisine, le juge peut ordonner des mesures visant à empêcher ou à interrompre l'atteinte illicite au corps d'une mineure (voir article 16-2 du code civil) en rendant une ordonnance de protection. Ainsi, si le juge de l'enfant sur le fondement de l'article 375 du code civil modifié par la loi du 14 mars intervient si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger... Cette initiative peut appartenir aux père et mère conjointement, ou de l'un deux, à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ou au tuteur, à la mineure elle-même ou au ministère public. Autant que le juge de l'enfant, le juge des affaires familiales pour protéger des enfants contre des traitements compromettant la santé. Sur le fondement de l'article 378-1 l'excision ou la menace d'excision pour une mineure justifie l'intervention du juge des affaires familiales, qui prive un parent de son droit de visite pour le soustraire à son autorité et préserver l'équilibre de l'enfant.

contrat dépourvu de ces risques sanitaires, qui n'entraînent pas sa nullité, donc que cette pratique soit légale et que la mineure soit assistée par son autorité parentale ou émancipée, la liberté de consentement reste la règle. En combinant le droit interne, le Code civil notamment et le droit international, nous pouvons en déduire une théorie intéressante. L'autorité parentale est certes celle qui doit prendre les décisions judiciaires pour la mineure⁹⁷², mais il est utile de la consulter quand les décisions à prendre doivent porter sur les questions sensibles⁹⁷³. Explicitement, dans l'hypothèse où cette pratique, à l'issue des batailles féminines isolées, requiert un caractère légal pour qu'elle soit exécutée par la médecine, ce que nous n'espérons pas, pour y soumettre une enfant, l'autorité parentale devra nécessairement la consulter parce qu'elle porte sur une question sensible relative à sa vie, à sa santé. Le mépris de son avis est une indifférence attentatoire à sa liberté de consentir. C'est l'expression d'un vice du consentement qu'est la « *pression ou la contrainte* ».

Cette démonstration accordant plus de pouvoir au mineur pourrait avoir plus de consistance, en ayant un enracinement constitutionnel. C'est-à-dire que le consentement qui constitue la base de cette aptitude soit, sur le fondement de certaines théories, consacré par la Constitution de 1958 ou l'institution qui en assure la sauvegarde.

Para II - la constitutionnalisation du consentement d'une mineure

Les textes juridiques sont interprétables et adaptables à des situations pourvu qu'ils en soient logiques et que cette logique repose autant que possible sur des décisions juridictionnelles. Eu égard à cette flexibilité, nous pouvons tenir un raisonnement selon lequel le consentement des individus notamment des mineures est consacré par la Constitution française de 1958. Nous considérons qu'il pourrait être la résultante de la perception du corps humain comme étant une « propriété privée », notion que prévoit le préambule de cette norme constitutionnelle qui a cours (A). Nous pouvons fort bien constater que le Conseil constitutionnel indirectement se prononce en faveur de cette conception en indiquant que la procréation médicale de deux parents par concours des médecins doit résulter d'un acquiescement. Ce dernier est un acte individuel

⁹⁷²Voir explication précédente concernant les décisions à prendre en rapport avec la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant.

⁹⁷³Nous combinons les articles 12 et 13 de la convention internationale des droits de l'enfant qui préserve, nommant la possibilité pour l'enfant d'exprimer son opinion, après qu'on l'a informé.

constitutionnellement valeureux dont il a tenu à réitérer l'exigence dans le prélèvement sanguin à des fins d'élucidation d'un crime (B).

A- Constitutionnalisation résultant de la perception du corps humain comme une propriété privée consacrée par le préambule de 1946 ?

Sur la définition du corps humain qui le distingue de l'âme repose cette nouvelle proposition de constitutionnalisation qui apparaît a priori impossible. Elle fut soutenue par Platon identifiant deux mondes celui des idées et celui d'ici⁹⁷⁴ et contredite par Aristote qui admettait tout de même la dualité⁹⁷⁵. Cette ambivalence est de nos jours traductible par la notion de liberté qui accorde à l'individu sujet de droit une autonomie et un pouvoir personnel. Elle est vaguement présentée par l'article 8⁹⁷⁶ de la CEDH qui interdit, sous réserve d'autorisation législative, toute immixtion dans la vie privée ou familiale des individus. Il s'agit de la considération de l'individu comme étant un « sujet de Droit », ayant des pouvoirs sur son propre corps perçu comme « objet de Droit ». C'est une théorie fondée sur l'autonomie personnelle qui a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme malgré sa méfiance⁹⁷⁷. Il s'agit enfin de l'assimilation du corps humain à une propriété privée devant bénéficier d'une protection juridique contre toute immixtion ne recueillant pas l'acquiescement de celui à qui il appartient, c'est-à-dire le sujet de Droit.

Cette illustration peut être mise en rapport avec la notion de droit de propriété consacrée par la Constitution de 1958. Locke ainsi que d'autres auteurs soutenaient à juste titre que : « *Chacun pourtant à un droit particulier sur sa propre personne, sur laquelle nul autre ne peut avoir*

⁹⁷⁴ A partir de cette identification il lui a été facile de procéder à une distinction entre les deux concepts : le corps et l'âme, rattachant le premier au monde des idées et le second au monde d'ici-bas. Aussi de lui nous de l'une de ses affirmations nous constatons cette distance établie entre l'âme et le corps. « *Si nous ne devons jamais avoir une pure connaissance de quoi que ce soit, il faut nous séparer du corps, et avec l'âme en elle-même, contempler les choses en elles-mêmes* ».

⁹⁷⁵ « *Aristote affirme dans l'un de ces ouvrages que l'âme ne peut en effet exister à l'état séparé, puisqu'elle est toujours donnée dans un corps quelconque* ». Aristote, *De l'âme*, Paris, Belles lettres, 1966, p. 4.

⁹⁷⁶ Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et liberté d'autrui.

⁹⁷⁷ Arrêts Petty et K.A et A.D de l'article 8 de la CEDH

aucune prétention »⁹⁷⁸. L'individu propriétaire de son corps et de sa force de travail, ne doit les céder qu'à travers un consentement éclairé, faute de quoi le travail effectué par un ouvrier aurait été institué par un contrat conclu en violation d'un droit naturel⁹⁷⁹. « *Le droit de propriété de soi-même reconnaît le droit absolu de chaque individu, par le simple fait d'être un homme ou une femme, de posséder son propre corps ; ce qui signifie de pouvoir contrôler son corps librement sans ingérence coercitive. Comme chaque individu doit penser, apprendre, juger et choisir ses propres fins et moyens pour survivre et s'épanouir, le droit de propriété de soi-même permet à l'homme de poursuivre ses actions sans être entravé ni contraint par des abus coercitifs* »⁹⁸⁰.

Ces affirmations laissent entendre que le respect du consentement est l'essence du droit de propriété privée. Les mots *ingérence, abus et coercitif* indiquent implicitement l'atteinte à une propriété privée qui est le corps humain sans au préalable en avoir le consentement. Nous explicitons cette approche par la trilogie liberté-consentement-droit de propriété, c'est-à-dire la liberté de consentir à une pratique d'autrui sur notre propre corps qui est une propriété privée. Il s'agit de l'aptitude de jouir de l'autonomie personnelle, d'acquiescer à une quelconque pratique en étant libre dans ses mouvements, libre de prendre des décisions sans y être contraint⁹⁸¹. La liberté détermine donc le consentement pour l'usage d'une propriété privée qui est le corps humain, par autrui. En défendant l'autonomie de la femme, dans le cadre jouissance du droit à l'interruption volontaire de grossesse, Yves Syntomer cite des théories du juge américain très importantes pour cette consécration constitutionnelle : « *Ces questions impliquent les choix les plus intimes et les plus personnels qu'une personne peut faire dans la vie, des choix centraux pour la dignité et l'autonomie personnelle, elles sont centrales dans la définition de la liberté telle qu'elles sont protégées par la Constitution plus particulièrement par le XIV^e amendement. Au cœur de la liberté se trouve le droit de définir sa propre conception de l'existence, du sens de la vie, de l'univers et des mystères de la vie humaine* »⁹⁸². Il ne s'agit pas ici d'un plaidoyer pour un droit aux mutilations génitales féminines comme pour l'interruption volontaire de grossesse mais d'une justification selon laquelle la liberté constitutionnalisée serait l'expression ou le

⁹⁷⁸ DAVID M., *Traduction du traité du gouvernement traitement du gouvernement civil* de LOCKE J., 2^{ème} édition paris 1992 p. 163

⁹⁷⁹ BERTRAND G., « Deux critiques de consentement raison politique », *Raison politique*, N°46 2012, p.70.

⁹⁸⁰ MURRAY ROTHBARD N., *Renouer avec la liberté*, Paris édition, 2014, p.20.

⁹⁸¹ Fabre-Magnan M., et MARGUENAUD J., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *droits*, n°48, 2008, pages 3-58.

⁹⁸² SYNTOMER Y., « Droit à l'avortement, propriété de soi, et droit à la vie privée, les temps modernes », *Les temps modernes*, n°615-616, 2001, p. 214.

moyen de circonscription personnelle d'une propriété privée qui est le corps humain. Cette propriété privée ne peut s'aliéner que par l'entremise de la liberté qui détermine le consentement.

Notons que cette liberté de consentir n'est légitime que par sa finalité c'est-à-dire l'acte auquel il se rapporte. La liberté de consentir s'avère constitutionnelle, quand elle acquiesce à l'exécution d'une pratique, qui par nature, n'est nuisible ni à des tierces personnes ni à toute la société. Ainsi le consentement donné pour l'exécution de l'excision, s'avère illégal et inconstitutionnel parce qu'il transgresse les normes sociales et est par conséquent nuisible à la société. Nous faisons usage de la définition de la liberté, comme pouvoir de faire ce qui ne nuit à autrui. Elle ne doit uniquement pas être perçue comme un acte d'exécution mais aussi d'une abstention positive. Il s'agit d'obtempérer à soi-même, à ses idées protectrices, qui enjoignent. Il s'agit enfin d'un choix résultant d'une autonomie personnelle qui consiste à ne pas acquiescer à l'exécution d'une pratique d'autrui sur son propre corps qui est une propriété privée.

La référence américaine de Stéphanie Hennette-Vauchez abordant la bioéthique, nous semble illustrative pour cette thèse promouvant le consentement⁹⁸³ : « *aucun droit n'est plus sacré ou plus protégé par la Common Law que le droit de chaque individu à la possession et au contrôle de sa propre personne, libre de toute restriction ou interférence due aux tiers sauf clair et incontestable commandement de la loi* » (Union Pacific Railway v. Bots Ford). Cette affirmation avancée par la Cour suprême des Etats Unis qui s'interdisait d'acquiescer la demande d'une défenderesse, qui est en substance, la soumission de la requérante à un examen chirurgical pour des précisions, consolide notre thèse basée sur la propriété privée. En tant qu'institution habilitée à prendre des décisions, trancher des litiges, elle aurait pu avec peu d'argument (éviter un déni de justice par exemple), enjoindre cet examen médical au mépris de la personne humaine ainsi que sa dignité. Elle laisse entendre que seule la loi peut autoriser une telle intrusion ou l'individu lui-même par le biais du consentement libre et éclairé.

En définitive, cette approche du consentement déduite de la perception du corps humain comme une propriété privée est épanouissante. Elle rend les mineures protectrices de leur propre santé, en les dotant d'un moyen. Elle correspond à la protection de soi-même contre les actes d'autrui.

⁹⁸³ HENNETTE-VAUCHEZ S., *Le droit de la bioéthique*, Paris, édition la découverte, 2009, p. 32.

L'abus de ce dispositif sécuritaire, nécessite l'intervention de l'Etat ou son intrusion pour une protection contre soi-même.

Cette démonstration théorique fondée sur les théories quasiment philosophiques est complétée par l'analyse de certaines décisions du juge constitutionnel de laquelle découle la perception constitutionnelle du consentement comme conséquence de la confusion du corps humain à une propriété privée.

B- La constitutionnalisation du consentement déduite des analyses du juge constitutionnel

La constitutionnalisation que nous proposons ici n'est pas le descriptif exact des expressions du Conseil constitutionnel consacrant le consentement comme étant un attribut de l'individu, mais plutôt la résultante de l'interprétation des textes législatifs qui lui sont soumis suite à des recours. Cette démarche laisse comprendre que si l'examen des textes législatifs suivi de leur validation est l'expression de leur constitutionnalisation, leurs interprétations plausibles qui sont les nôtres auront donc autant de valeur. Sont ainsi en cause la double décision bioéthique⁹⁸⁴, celles liées à l'agression sexuelle⁹⁸⁵ et à sa décision récente afférente aux examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge⁹⁸⁶.

En effet, l'affirmation du consentement ou la réclamation de sa violation résulte de l'idée d'une perception du corps humain comme une propriété privée. Parce que l'usage de cette propriété par une tierce personne, qu'elle soit morale ou physique devra, sauf nécessité publique, requérir un accord préalable. Cette conception transparaît dans plusieurs prescriptions législatives qui font l'objet d'une analyse constitutionnelle. Examinant la constitutionnalité de la loi bioéthique qu'il a déclarée conforme à la Constitution, le juge constitutionnel après avoir rappelé l'objet pour le couple de procéder à une conception *in vitro*⁹⁸⁷, énumère parmi tant d'autres conditions⁹⁸⁸ pour

⁹⁸⁴Décision n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994 loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Décision n°2010-25 du 16 septembre 2010.

⁹⁸⁵Décision n°2014-448 QPC du 6 février 2015. Agression sexuelle commise avec une contrainte morale.

⁹⁸⁶Décision n°2018-768 QPC du 21 mars 2019, examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge.

⁹⁸⁷Selon l'article L.152-2 du code de santé publique, l'objet de ces procédés est de remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été diagnostiqué, soit d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

le transfert des embryons, le consentement préalable, substrat du pouvoir de l'individu sur son propre corps. Rappelons que la fécondation in vitro est une technique de procréation consistant à une fécondation. Il s'agit de la rencontre des spermatozoïdes et de l'ovule en laboratoire : les spermatozoïdes sont mis en présence de l'ovule de la femme à l'extérieur de son corps, en laboratoire, puis l'embryon est réimplanté dans l'utérus de la future mère. Cet enfantement quoique réalisé au début en dehors du corps humain, s'achève avec la contribution de celui-ci et les produits qui y sont destinés, sont celui dudit corps. Donc nous soutenons que bien que toute cette opération soit sollicitée de la biomédecine, son exécution exige l'accord des nécessaires par formalité et exigence en raison du fait qu'elle doit être respectueuse du principe de l'inviolabilité du corps. Ce conformisme fonde en contrepartie l'exécution de la fécondation et dégage la biomédecine de toute éventuelle responsabilité d'irrespect des règles de fonctionnement du service public liée aux traitements des patients.

Nous constatons dans cette même logique que le législateur voulant consolider le respect dudit principe qui prône le respect du corps humain et du consentement, a consacré un délai de réflexion de trois mois pour les personnes donneurs de gamète à des fins de conception et de recherche dans les conditions prévues⁹⁸⁹. C'est, implicitement, une obligation pour les professionnels de santé de s'assurer que le donneur est bien volontaire⁹⁹⁰. Autrement dit, la consécration législative de ce délai de réflexion, pour une éventuelle confirmation par consentement, a pour seul objet ou du moins celui qu'on en déduit, d'éviter préventivement toute éventuelle critique ou blâme lié à la soumission du corps humain ou de ses produits à une pratique biomédicale par contrainte.

Cette disposition met en relief l'accord de consentement donné pour faire d'un produit qui émane du corps humain un usage important (une conception ou des études). Il s'agit, tout comme dans le cadre des propriétés immobilières, de l'exercice d'un droit de regard. Notre corps nous appartient et tout ce qu'il produit aussi. L'esprit qui en constitue la partie immatérielle, se l'approprie et y exerce un pouvoir. Nous étendons à la bioéthique, la disposition du Code civil

⁹⁸⁸Ce même article impose que l'homme et la femme formant le couple soient vivant, en âge de procréer, mariés ou encore mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans, et consentant préalablement au transfert des embryons ou l'insémination.

⁹⁸⁹ Articles L. 1243-3 et L. 1243-4 du code de santé publique.

⁹⁹⁰ Article L2141-12 du code de santé publique.

aux termes de laquelle « *la propriété d'une chose, soit mobilière ou immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur qui s'y unit accessoirement naturellement ou artificiellement* »⁹⁹¹.

La consécration par le Conseil constitutionnel⁹⁹² de l'opposition à un prélèvement biologique visé aux deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article 706-56 du Code de procédure pénale est illustrative en termes de ce respect du consentement. Reconnaisant la valeur constitutionnelle de ces deux dispositions, la haute juridiction considère indirectement le corps humain comme une propriété se fondant sur le fait que, sans l'accord de celui qui en assure l'entretien, aucun prélèvement ne doit y être fait. D'ailleurs, pour observer le désaccord synonyme d'un droit de refus⁹⁹³ une alternative doit être adoptée selon le législateur, celle de procéder à un prélèvement biologique à des fins d'identification d'une empreinte sans contact direct avec le corps.

Le prélèvement sanguin pour l'établissement d'un crime ou d'un délit nécessitant l'intervention d'une autorité judiciaire en cas de refus, l'illustre davantage. Il s'agit, pour être plus explicite, de la violation du consentement en ayant bien conscience de son existence juridique. L'exécution du pouvoir judiciaire ayant pour objet la justification d'une éventuelle sanction, est alors opposée à la volonté individuelle. Donc, sans méconnaître son existence juridique, le consentement, attribut de l'individu se trouve relégué au profit d'une nécessité d'ordre public qu'alimente la sécurité sociale et l'obligation de se soumettre à un prélèvement pour déterminer un crime ou un délit⁹⁹⁴.

Il s'agit en d'autres termes de l'exercice légal de la contrainte. Initialement, celle-ci n'existe que par la violation ou l'extorsion du consentement d'un sujet par un tiers, qui s'obstine à exécuter une pratique comme l'agression sexuelle qui fut l'objet d'un examen par le juge constitutionnel

⁹⁹¹ Article 546 du code civil.

⁹⁹² Décision n°2010-25 QPC du 16 septembre 2010, fichier empreintes génétiques. « Considérant en deuxième lieu, que le prélèvement biologique visé aux deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article 706-54 ne peut être effectué sans l'accord de l'intéressé ; que le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 706-56, lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui sera naturellement détaché de son corps... ».

⁹⁹³ En se référant au droit français lié au consentement dans le cadre médical, l'on déduit un droit de refuser en considérant que le malade est en droit de s'opposer au traitement proposé. Par analogie nous affirmons que l'observation de l'opposition à un prélèvement corporel constitue la consécration indirecte d'un droit ou une liberté de refuser qui s'oppose à celui d'obéir. Voir à propos QUIVIGER P., « Du droit au consentement. Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux témoins de Jéhovah », *Raison politique*, n°46, 2012, pages 79-94.

⁹⁹⁴ Article 706-56 du code de procédure pénale : « Lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République. Il en va de même pour les personnes poursuivies pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133, 706-134.

qui affirmait : « *Considérant que, pour que le crime de viol ou le délit d'agression sexuelle soit constitué, la juridiction de jugement doit constater que les faits ont été commis avec violence, contrainte, menace, ou surprise ; qu'ainsi, la contrainte est au nombre des éléments constitutifs de ces infractions* »⁹⁹⁵. Bien que disséquant brièvement l'agression sexuelle, cette observation est susceptible d'interprétations plus édifiantes. La contrainte citée comme élément constitutionnel de l'agression sexuelle est présentée comme étant l'absence du consentement. Delors Germain abordant la preuve du consentement des mineurs victime d'une agression sexuelle remarquait à propos : « *la Chambre criminelle a pendant un certain temps refusé d'approuver la position de certains juges du fond qui, en s'efforçant de retenir l'exacte qualification des faits, déduisaient du jeune âge de la victime ou de l'autorité exercée par l'auteur des faits sur l'absence de son consentement dans les hypothèses où cette absence de consentement devrait être établie par la contrainte* »⁹⁹⁶. Il établit un rapport direct entre le consentement et la contrainte mais dans le cadre d'une agression sexuelle dont est l'objet le corps d'une mineure. Dans la même logique de protection de l'intérêt infantile, le juge constitutionnel consacrait indirectement l'inviolabilité du corps du mineur, exigeant que la soumission de celui-ci à un examen radiologique, doit non seulement être précédé de son consentement éclairé et ce dans une langue qu'il comprend. Il ajoute de plus que la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen d'âge osseux.

En définitive, cette interdiction constitutionnelle de l'excision confortée par le principe de l'inviolabilité du corps humain, qui a pour substance le respect du consentement, nous semble très importante, du fait qu'elle contribue à promouvoir le droit au respect de la dignité humaine, la protection de la santé et établit une sensibilité aux réalités étrangères. Dans le droit fil de cette dernière justification, s'inscrit l'institutionnalisation de l'urgence sanitaire ayant pour essence l'accueil des étrangers menacés par des catastrophes naturelles. Nous tenterons de le déduire de l'analyse d'un arrêt du juge constitutionnel béninois, dans les lignes qui suivent.

⁹⁹⁵ Décision n°2014-448 QPC du 16 février 2015, agression sexuelle commise avec une contrainte morale.

⁹⁹⁶ GERMAIN. D, « Le consentement des mineurs victimes d'infraction sexuelle », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* n°4, 2011, p.819. Voir pour plus d'explication Crim., 21 oct. 1998, n° 98-83.843, Bull. crim. n° 274 ; D. 1999. 75, note Y. Mayaud ; ibid. 155, obs. M.-H. Gozzi ; Dr. pén. 1999, Comm. 5, note Véron ; JCP 1998. II. 10215, note Mayer ; Crim., 10 mai 2001, n° 00- 87.659, Bull. crim. n° 116 ; cette Revue 2001. 808, obs. Y. Mayaud ; Dr. pén. 2001, 110, obs. Véron.

Chapitre II - L'institutionnalisation constitutionnelle de l'urgence sanitaire

Habilitée à contrôler la constitutionnalité des décisions des autorités étatiques suite à une saisine directe des individus⁹⁹⁷, la Cour constitutionnelle béninoise s'est souvent montrée limitée dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles. L'une de ses observations⁹⁹⁸ liées à un litige qui opposait médecin et patient aux urgences, nous en interpelle. Celle-ci étant située dans un contexte sanitaire plus ancien⁹⁹⁹ et actuellement prégnant, il nous paraît très utile, de démontrer à quel point le juge constitutionnel, qu'il soit béninois, guinéen ou français, doit y être un acteur important : son intervention pouvant y être incitée pour la protection de la santé individuelle, l'invalidation ou non de la méconnaissance de ce droit par un tiers (médecin agent de l'Etat), qualifiée de discrimination, enfin pour l'appréhension du principe de probité en rapport avec le serment, qui sous-tend la décision discriminatoire. Ces éléments institutionnalisent ce que nous pouvons appeler en droit constitutionnel de la santé, une théorie constitutionnelle des urgences médicales ou le droit constitutionnel des urgences médicales. Il constitue un aspect important du droit constitutionnel des urgences sanitaires, un cadre général d'aperçu que nous commencerons par présenter en concevant l'urgence comme étant l'expression d'une menace à la santé (section I) puis nous reviendrons sur l'observation spécifique du juge et la constitutionnalité de l'urgence médicale (section II).

⁹⁹⁷ Par opposition à la France et certains Etats d'Afrique francophone dans lesquels le juge constitutionnel n'est saisi que par l'entremise des autres juridictions ordinaires (juge judiciaire et administratif), le juge constitutionnel béninois peut être saisi directement par les individus. Cette possibilité est fondée par l'article 122 de la Constitution béninoise qui dispose « *tout citoyen peut saisir la cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de la loi, soit directement, soit indirectement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci peut surseoir jusqu'à la décision de la cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ». Cependant, cette disposition relate limitativement ce qui se déroule dans la pratique. En plus de la possibilité de saisine directe de la Cour constitutionnelle pour la constitutionnalité des lois, l'individu a la possibilité de saisir celle-ci pour toute situation, un acte, une conduite qui lui paraît préjudiciable à un droit fondamental. C'est dans ce contexte que le juge constitutionnel a émis ce considérant.

⁹⁹⁸ Considérant que les article 26 alinéa 1 et 35 de la constitution disposent respectivement : *l'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale* ; « *les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun* ».

⁹⁹⁹ La problématique des urgences médicales ne date pas d'aujourd'hui. Après avoir existé sous une forme embryonnaire dans les années 1393, avec la mise en place des urgences pour les tailleurs de pierre employés pour la construction de la cathédrale, il commencera à prendre en 1740 dans le cadre d'une aide devant être apportée aux personnes noyées. Sur le fondement d'un avis rédigé par Réaumur et à la demande de Louis XV placardé dans tout le royaume de France. <https://www.hcsp.fr/Explore.cgi/Telecharger?NomFichier=ad521417.pdf>.

Section I - L'urgence, expression de garantie du droit à la protection de la santé

Isolement prise le concept « urgence » traduit une menace sanitaire. Cette appréhension pourrait s'expliquer par deux cas de figure : la restauration ou la protection de la santé des nationaux mais surtout celle des étrangers soit gravement malades et évacués après une approbation médicale, ou fuyants des catastrophes naturelles et d'autres événements imprévisibles. Encore faut-il que ceci résulte d'une consécration textuelle notamment constitutionnelle, ce que la France contrairement au Benin, à la Guinée et au Sénégal qui l'imitent, a quelque peu envisagé (paragraphe I). C'est une nécessité impérieuse qui doit toutefois cohabiter dans tous ces Etats avec l'observation d'une diligence dans l'exercice des attributions des pouvoirs juridictionnels, en traitant notamment des requêtes où est susceptible d'être en jeu la santé ou d'autre droits fondamentaux pour lesquels elle constitue un préalable (Paragraphe II).

Paragraphe I - L'urgence expression d'une garantie de la santé des nationaux et étrangers

L'affirmation ou le constat de l'urgence dans toute situation, qu'elle soit professionnelle ou non est une incitation à parer à une menace sanitaire : si dans le cadre médical, elle s'explique par la sauvegarde d'une vie en danger, en engageant le pronostic vital, dans le cadre entrepreneurial, il est question de rétablir un bon fonctionnement au risque de faire perdre des emplois, droit dont la jouissance génère des rémunérations, d'autres droits indispensables à la restauration de la santé. Cette élucidation est autant importante pour des nationaux bénéficiant d'une stabilité territoriale (A) que pour des étrangers qui en sont dans la vive nécessité, migrants d'un Etat à un autre pour échapper aux événements imprévisibles ou bénéficier de soins. Ce second cas de figure constitue une sollicitation implicite de garantie du droit à la protection de la santé que doivent préalablement prévoir les normes constitutionnelles d'expression française (B).

A- Définition de l'urgence et sa convergence à la protection sanitaire

Il est certes nécessaire d'adjoindre le qualificatif sanitaire ou médical au terme « urgence » pour démontrer que dans telle ou telle situation se pose véritablement un problème sanitaire mais une analyse minutieuse nous laisse comprendre que prise isolément dans le cadre individuel, social, entrepreneurial, administratif etc...il se rapporte d'une manière à une autre à la sauvegarde de la santé, droit fondamental. Seules les interprétations changent selon les cas.

L'urgence est « *un danger vital et qui nécessite une rapidité d'action où la réponse ne peut se faire attendre. Elle est intimement liée à la détresse qui traduit un sentiment d'impuissance et renvoie à l'incapacité de s'en sortir seul* »¹⁰⁰⁰ ; « *Il est aussi ce qu'on doit faire ou ce qui est demandé de façon pressante* »¹⁰⁰¹. Ces acceptions concordent avec une autre, particulièrement médicale: « *l'urgence est vitale pour le médecin urgentiste, pour le généraliste un soin non programmé qui bouleverse le cours normal de ses activités et pour le patient il est synonyme de rapidité d'intervention, la notion de gravité n'étant forcément au premier plan et le fait d'être pris en charge rapidement semblant être la préoccupation première que ce soit pour des raisons médicales ou pas* »¹⁰⁰². La référence faite à la vie (l'expression vitale) constitue le fondement d'une convergence de l'urgence avec la santé, droit devant être protégé ou rétabli. Explicitement l'urgence désigne la sauvegarde de la vie ou plutôt d'une vie, un droit qui procède de la santé. Comme illustration, elle peut opposer patient et médecin, l'un sollicitant promptement des soins sanitaires et l'autre en fonction d'un diagnostic effectif les nécessitant, les administre avec cette manière d'agir vivement sollicitée. Ici la préoccupation qui commande « l'intervention rapide, les soins non programmés » du médecin pour la satisfaction du patient en « détresse envahi d'un sentiment d'impuissance », est le rétablissement de la santé qui aboutit à la sauvegarde de la vie. En clair, en reprenant des explications qui déterminent la convergence du droit à la santé avec le droit à la vie¹⁰⁰³, nous soutenons que toute question vitale (la sauvegarde de la vie) traduit une

¹⁰⁰⁰ DELMAS M., « Au cœur de l'urgence. Témoignage », *Empan*, n° 85, 2012, P. 167.

¹⁰⁰¹ GENTILE S., SAMBUC R.,&alii « Attitude et comportement des usagers face à une urgence réelle ou ressentie » *Santé publique* n° 16, 2004, P. 65.

¹⁰⁰² GENTILE S., SAMBUC R.,&alii op.cit, P. 65.

¹⁰⁰³ « *Le respect du droit à la vie peut être considéré comme le stade ultime du droit à la santé* ». C'est en ces termes que Bertrand Mathieu établit un lien étroit entre la vie et la santé. Voir BERTRAND M., *op.cit.* page 89. Ce lien apparaît dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui déduit de l'article 2 de la convention, l'obligation générale de prendre des mesures pour la protection de la vie dans le cadre sanitaire. C'est en principe l'obligation pour l'Etat de protéger la vie contre les risques des maladies (CEDH 1 er mars 2001, Berktaç c. Turquie, req. N° 22493/93, § 154) ou celle de former des professionnels de santé capable de préserver la

menace suprême à la santé qualifiable d'une situation d'urgence. Ainsi, on établit là un rapport. Cette thèse s'explique en d'autres termes par l'objectif assigné au médecin qui est la protection sanitaire¹⁰⁰⁴. Dans une situation d'urgence médicale, le professionnel de santé, même obsédé par la sauvegarde de la vie, protège et restaure la santé, mission qui lui a été textuellement assignée. Ainsi, en tentant de restaurer la santé dégradée, à quel que degré que ce soit, il sauve une vie¹⁰⁰⁵. La préoccupation d'une protection sanitaire sous-tend et précède celle de sauver de la vie.

En tranchant un litige entre patient et médecin, la Cour administrative d'appel de Paris corrobore cette appréhension en affirmant que la finalité de l'activité du médecin est de protéger la santé et en dernier ressort une vie¹⁰⁰⁶. Analysant la décision du Conseil d'Etat¹⁰⁰⁷ liée à ce même litige, Jean-Jacques FRION distinguant la teneur de l'obligation qui pèse sur le médecin face à une vie menacée ou non, apporte plus d'éclaircissement à la notion de sauvegarde de la santé et celle de la vie en reliant les deux à l'urgence¹⁰⁰⁸. En premier lieu, le médecin dans l'optique d'accomplir sa fonction, apporte des soins afin de protéger la santé. À ce stade de la dégradation sanitaire, la vie n'est pas en danger et l'obligation n'est pas plus pressante au point de violer la volonté du patient. En revanche, la préservation de la vie devient obsessionnelle pour le médecin et lui

vie des patients contre les maladies (CEDH 4 mai 2000, Powell c. Royaume-Uni, req.n° 45305/99). Dans la même logique elle a indiqué l'obligation positive qu'a pour l'Etat d'instituer un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux l'adoption des mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades (CEDH, 17 janvier 2002, Cavelli et Ciglio, c. Italie, req. N° 3296/96, § 49).

¹⁰⁰⁴« Le médecin doit soigner avec la même conscience... », Dispose l'article de 3 du code de déontologie médicale béninois. Cette obligation de moyen, consiste à mettre à la disposition du malade tous les moyens qu'il a sa disposition afin de le guérir. Elle s'oppose à l'obligation de résultat que l'on peut évoquer dans certaines circonstances sanitaires comme les analyses biologiques par exemple.

¹⁰⁰⁵ Le code déontologie médicale du Benin à travers l'une de ses dispositions en fait une base en imposant au médecin la sauvegarde de la vie comme obsession. Article 27 : « *Le médecin dès qu'il est appelé à donner des soins et qu'il a accepté de remplir cette mission, s'oblige : à avoir pour souci primordial de conserver la vie humaine quand il soulage la souffrance.* »

¹⁰⁰⁶« *L'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en état de l'exprimer, obligation énoncée à l'article 7 du décret du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale et ultérieurement reprise à l'article 36 du décret du 6 septembre 1995 modifiant le décret susmentionné, si elle puise son fondement dans les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain, ultérieurement retranscrit par le législateur aux articles 16-1 et 16-3 du code civil, n'en trouve pas moins sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort la vie même de l'individu : que par suite ne s'aurait être qualifié de fautif le comportement de médecin qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternative thérapeutique pratique les actes indispensables à la survie du patient et proportionnés à son état fut-ce en pleine connaissance de la volonté préalablement exprimée par celui-ci, de la refuser pour quelque motif que ce soit* »

¹⁰⁰⁷Le Conseil d'Etat statuant au contentieux, affirme juge que des médecins qui ont choisi de procéder à la transfusion sanguine d'un patient en vue de tenter de le sauver, en dépit son refus de se voir administrer des produits sanguins, ne commettent pas de faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat.

¹⁰⁰⁸ FRION J., « Autonomie de la volonté du malade et obligation de soins du médecin », *Revue juridique de l'Ouest*, n° 2002 p. 77.

impose plus d'urgence et d'obligation, quand l'altération de la santé a atteint un niveau critique. Il en découle la considération de l'urgence comme sauvegarde de la vie provoquée par une menace extrême de la santé.

En 2015, le Conseil d'Etat¹⁰⁰⁹ disculpant le centre hospitalier de Roanne dont la responsabilité était engagée par Madame X en donnait une bonne précision. La Haute juridiction observait que le dommage causé par l'équipe médicale était lié au fait que celle-ci avait procédé à une césarienne sur la patiente dans un contexte d'extrême urgence du fait d'une grave hémorragie et des anomalies du rythme cardiaque fœtal de l'un des jumeaux, qui mettaient en jeu à court terme, le pronostic vital de la mère et des enfants. On en déduisit donc qu'éviter d'engager un pronostic vital, sauvegarder la santé ou interrompre le risque qui y était lié, justifiait et qualifiait l'urgence avec laquelle les médecins ont agi. Dans un tel contexte de protection sanitaire qui relève de leur compétence, aucun dommage même celui allégué par la requérante (l'adhérence intestinale), qu'ignoraient d'ailleurs les médecins, ne pouvait permettre d'engager une responsabilité. L'unique rapport réapparaît : l'urgence traduite par une préoccupation vitale s'explique donc par le degré de menace sanitaire en quelque sorte. Cette précédente explication ne fait que mettre davantage en exergue le lien entre droit à la santé et le droit la vie, dans le cadre spécifique des urgences. C'est-à-dire que dans le cadre médical, les deux droits sont indissociablement liés. Ils sollicitent d'un individu (médecin) une protection conjointe au profit d'un autre (le patient).

Par ailleurs, nous constaterons qu'en sus du cadre médical, l'urgence a une connotation sanitaire dans le cadre entrepreneurial. « *L'Urgence est une situation d'entreprise à risque réel à délai bref. Nous sommes dans des contextes tels que si l'on n'agit pas très vite pour y parer, cette situation créera un véritable risque pour la survie de l'entreprise* »¹⁰¹⁰. Dans ce contexte, a priori nous croyons avoir à faire à une menace limitée qu'à la personne morale de droit privé mais elle s'étend sur les employés parce que la faillite d'une entreprise a une répercussion sur les individus qui y ont des emplois.

¹⁰⁰⁹ Conseil d'Etat, 5^{ème} /4^{ème} SSR, 06/03/2015, 368520.

¹⁰¹⁰ CANETTI C., CATINAUD C., « Manager l'urgence », *Le journal de l'école de paris du management*, n° 108, 2014, pages 35 à 42.

Ceci s'explique juridiquement par les conséquences de la consécration constitutionnelle de la liberté d'entreprendre qui profite à toute personne qui s'y croit apte¹⁰¹¹. Son exercice promeut le droit à l'emploi qui en résulte¹⁰¹². Autrement dit, sa jouissance par des individus est favorable au droit à l'emploi qui en émane. La Chambre sociale observait à propos que le droit à l'emploi est un droit-créance qui doit être concilié avec d'autres droits ou principes constitutionnel tels que la liberté d'entreprendre qui fonde pour l'employeur, le droit de recruter librement et de licencier un salarié¹⁰¹³. Mais il faut toutefois préciser que l'octroi et l'obtention de l'emploi a des corollaires pour l'employeur et pour l'employé qui sont des exigences constitutionnelles¹⁰¹⁴ que l'Etat matérialise dans leur relation contractuelle. Il s'agit de l'obligation pour le premier de faire souscrire le second à un contrat d'assurance pour le faire bénéficier d'une couverture sanitaire (mutuelle) quitte à celui-ci de le décliner en précisant qu'il dispose déjà d'une couverture complémentaire¹⁰¹⁵. Dans l'hypothèse d'une acceptation, l'employé et sa prise en charge sanitaire sont ainsi liés à l'emploi obtenu et sa perte entraîne indirectement un risque sanitaire.

Même si l'organisation du système sanitaire en France est faite de telle sorte que, dans des cas d'urgence le patient confondu à l'employé soit pris en charge immédiatement, cela ne l'exempte pas pour autant d'une responsabilité financière. En d'autres termes, il demeure financièrement redevable d'où la nécessité d'un emploi qui a trait à la survie de l'entreprise. L'importance de

¹⁰¹¹ La consécration de la liberté d'entreprendre est déduite par le Conseil constitutionnel d'une analyse du préambule de la Constitution française de 1958, plus précisément de l'article 4 de la déclaration française des droits de l'homme de 1789. « *Considérant que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires étaient apportées à la liberté d'entreprendre (...)* ». En plus de cette consécration faite dans la décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, nous pouvons en déduire dans plusieurs autres : Décision n° 89-254 du 4 juillet 1989, Cons 5. Décision n°97-388 DC du 20 mars 1977 Cons 51. Décision n°98-401 DC du 10 juin 1988 Cons 28. Décision n°99-423 DC du 13 janvier 2000 Cons 27. Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 Cons 40. Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, Cons 20. Décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001 Cons 13 ; dans la Constitution guinéenne la consécration est faite indirectement par l'article 10-3 qui dispose que : *Tous les citoyens ont le droit de former des associations et des sociétés pour exercer collectivement leurs droits et leurs activités, économiques sociales ou culturelle* ».

¹⁰¹² Nous faisons allusion à l'alinéa 5 du préambule qui dispose que « *chacun a le droit de travailler, et d'obtenir un emploi.* ».

¹⁰¹³ Arrêt Chambre sociale du 21 septembre 2017, n°16-20270.

¹⁰¹⁴ Cette exigence est indirectement indiquée dans le préambule de la constitution française. C'est-à-dire que la constitution disposant que l'Etat garantit à tous le droit à la protection de la santé, il est impératif pour les employeurs d'en donner effet.

¹⁰¹⁵ Articles L911-1 à L911-8 du code de sécurité sociales relatif aux obligations de l'employeur ; articles D911-1 à D911-8 relatif au contenu de la mutuelle obligatoire ; articles R871-1 à R871-2 relatif aux à l'aide aux dispositifs d'assurance maladie complémentaire ; articles R 242-1-1 à R242-1-6. Instruction de la direction de la sécurité sociale du 30 janvier 2015 relative aux contrats d'assurance maladie complémentaire bénéficiant d'aide fiscale et sociale. Instruction de la direction de la sécurité sociale du 29 décembre 2015 concernant les contributions des employeurs au financement des prestations complémentaires de santé.

cette protection sanitaire rattachée à l'entrepreneuriat apparaît tangiblement lors des accidents de travail qui nécessitent une prise en charge urgente. Nous en concluons ainsi que la faillite d'une entreprise qui met en jeu sa survie, est implicitement une urgence sanitaire parce qu'elle a une répercussion sur l'emploi, un droit qui permet la jouissance d'un autre, très indispensable pour la vie, qui est la santé.

Cette urgence sanitaire transparaît dans la gestion administrative des étrangers migrants de gré ou de force suite à des événements imprévisibles.

B- La concordance de l'urgence avec la protection sanitaire des étrangers

La protection du droit sanitaire des étrangers est une nécessité urgente. Mais celle-ci doit, dans des Etats, résulter d'une consécration textuelle notamment constitutionnelle. Dans la plupart des Constitutions d'expression française, l'admission des étrangers sur les territoires de la République dont elles déterminent la nature, n'est subordonnée qu'à la seule persécution pour l'exercice des libertés¹⁰¹⁶. Si celle du Benin fait silence en indiquant que les étrangers ont les mêmes droits que les nationaux¹⁰¹⁷, celle de la France est pourvue d'une particularité déduite de la jurisprudence constitutionnelle¹⁰¹⁸ : le juge constitutionnel français indiquait que le législateur peut atténuer la rigueur du principe selon lequel il n'existe aucune règle de valeur constitutionnelle assurant aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. Il évoquait, dans le cadre du droit d'asile, l'admission des étrangers gravement malades¹⁰¹⁹ sur le territoire français et d'y recevoir des soins efficaces qu'on ne peut leur administrer dans leurs pays d'origine. La gravité de la maladie sous-tend la menace vitale que nous illustrions par le rapport entre le médecin et le patient. C'est-à-dire qu'il est

¹⁰¹⁶ Article 11 de la Constitution guinéenne, et alinéa 4 du préambule de la constitution française de 1946.

¹⁰¹⁷ La constitution béninoise ne donne pas de précision liée au droit d'asile, encore moins les motifs de son octroi. Le constituant aux termes de l'article 37 s'est contenté de préciser l'égalité de traitement des étrangers et des nationaux dans la jouissance des droits. « *Les étrangers bénéficient sur le territoire de la République du Bénin des mêmes droits et liberté que les citoyens béninois et ce dans les conditions déterminées par la loi. Ils sont tenus de se conformer à la constitution, aux lois et aux règlements de la république* ».

¹⁰¹⁸ Décision n°93-325 DC du 12-13 août 1993. Maîtrise de l'immigration, statut constitutionnel des étrangers. Entrée et séjour, droit d'asile

¹⁰¹⁹ Décision n°93-325 DC du 12-13 août 1993. CC 20 juillet 2006, n°2006-539 DC, cons.2. CC 9 juin 2011, n°2011-631 DC, cons. 34 à 36. Voir MELIN-SOUCRAMANIEN F., GHEVONTIAN R., ROUX A &alli., les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, édition DALLOZ, 2013, P.401.

déductible de la décision du Conseil constitutionnel l'admission et la prise en charge urgente d'un étranger quand sa santé s'avère gravement menacée à tel point que sa vie soit en jeu. La prise en charge urgente est donc subordonnée à la dégradation sérieuse de la santé.

L'absence de soins sanitaires dans le pays d'origine, vient consolider cette notion de gravité. Au niveau de la médecine et des études scientifiques actuelles dans des Etats d'Afrique, il faut bien qu'un problème sanitaire soit d'une certaine gravité et d'une complication immaîtrisable pour nécessiter une évacuation urgente. Le caractère sérieux de l'altération de la santé qui sous-tend la vie, commande donc l'urgence de l'évacuation.

Il faut toutefois souligner que ces normes constitutionnelles françaises ainsi que celles des Etats d'Afrique francophones ne prévoient pas expressément une intervention urgente de protection contre des menaces sanitaires à venir. Ceci valoriserait pourtant l'aspect préventif de l'une des acceptions données au droit à la santé. « *Un droit qui exige de l'Etat une conduite restauratrice, protectrice et préventive* »¹⁰²⁰. En détail, en plus des maladies graves générées par de mauvaises conditions de vie, des événements imprévisibles sont aussi à l'origine d'une immigration et la cause d'une probable dégradation de la santé qui nécessite une restauration. Dans le cadre environnemental ou plus particulièrement écologique, le réchauffement climatique, l'une des causes de plusieurs catastrophes naturelles, crée une telle situation d'urgence qui nécessite une protection spéciale internationale des réfugiés qui en sont les rescapés. Christel Cournil et Pierre Mazzega affirmaient à juste titre que :« *l'occurrence d'une catastrophe ne laisse place qu'à une action de réparation des dommages et d'endiguement des effets induits (sur la santé, l'ordre public, la disponibilité et l'accessibilité des ressources, etc.). Idéalement cette action se déploie sur plusieurs temps : L'urgence pour les premiers secours, le moyen terme pour réparation et le long terme pour restituer au système socio-environnemental une viabilité* »¹⁰²¹. Partant de cette remarque ils sentent l'urgence nécessaire d'instituer une solidarité internationale, ce que Véronique Magniny dans sa thèse¹⁰²², a précisé en proposant l'adoption d'une convention internationale multilatérale pouvant être entérinée et contraindre par la suite les Etats.

¹⁰²⁰ De FORGES. J, *op.cit*, Paris, édition PUF, 2016. P.7.

¹⁰²¹ MAZZEGA P., COURNIL C., « Réflexion sur la protection juridique des réfugiés écologique », *Revue européenne des migrations internationales*, n° 2,2007, pages 7-34.

¹⁰²² MAGNINY V., *les réfugiés de l'environnement hypothèse juridique à propos d'une menace écologique*, thèse de droit, université de droit Paris, Panthéon Sorbonne, 1999, P.645.

Le manquement à une obligation de l'Etat d'origine qu'est la protection sanitaire des citoyens¹⁰²³, est à l'origine de cette perspective. L'Etat n'ayant pas pu prévenir l'interruption de la jouissance du droit à la protection de la santé par un évènement, incite l'individu à se réfugier dans un autre afin combler ce déficit. Mais, si sur la base de la bonne foi, aucune solidarité constitutionnelle aux fondements internationaux n'est instituée, cette immigration provoquée par une menace à la santé ne peut être réalisée. Il s'agit concrètement d'une consécration ou d'une prise en compte constitutionnelle de la proposition d'adoption d'une convention internationale obligeant les Etats à recevoir les étrangers menacés. Faut-il aussi en revanche reconnaître l'obligation qu'a l'Etat de protéger ses ressortissants contre des atteintes notamment sanitaires provenant d'une quelconque destination, l'obligeant de refuser l'entrée sur son territoire ? C'est l'hypothèse du rejet d'une vague d'immigrés pouvant être à l'origine de la propagation des maladies infectieuses¹⁰²⁴. Il se pose alors un problème de choix entre la santé et la libre circulation ou leur conciliation dans le cadre de l'immigration. En nous appuyant sur un aménagement du principe constitutionnel de précaution et sur la prise en charge d'un étranger pour des raisons humanitaires, évoqué dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français¹⁰²⁵, nous prenons fait et cause pour la santé en nous substituant à l'Etat. Il s'agit, selon ce premier élément d'appui, de prendre des mesures préventives pour protéger les citoyens ou les nationaux contre les risques environnementaux ayant des répercussions sanitaires¹⁰²⁶ et en

¹⁰²³ Nous faisons allusion à l'obligation résultant de la signature du pacte international relatif aux droits sociaux économiques culturels. En clair, l'assurance de la santé est susceptible de plusieurs interprétations parmi lesquelles, celles que nous proposons ci-dessus.

¹⁰²⁴ Selon certains constats en suisse, la plupart des migrants entrent sur le territoire avec des maladies infectieuses qui persistent et peuvent mettre fin à leur vie. L'hypothèse d'une propagation n'est donc pas exclue. En France, à Calais, en octobre 2015, une vaste opération a été lancée pour surveiller des migrants qui y séjournaient afin de détecter les moindres maladies épidémiques. CHAPPUIS F., GETAZ L., WOLFF H., &alli., « Maladie tropicales persistantes chez les migrants », *Revue médicale de suisse* Vol 10, 2014, pages 827-832. BOURDILLON F., « Editorial sur l'état de santé des populations migrantes en France », *Bull EpidemiolHebd.* 2017 pages 374-381.

¹⁰²⁵ Il s'agit de la consécration de l'aide humanitaire indirectement consacrée par le Conseil constitutionnel en censurant une partie de Ceseda : à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité la Haute juridiction censurait les dispositions de l'article L.622-4 du Ceseda parce qu'elle incriminait l'aide au séjour dans un but humanitaire. Les sages refusent cependant, d'étendre cette exemption de poursuite au délit d'aide à l'entrée irrégulière même si cette aide est apportée dans un but humanitaire. Voir décision n°2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018.

¹⁰²⁶ Nous faisons allusion à son sens réel. Il repose sur le recours à la gestion des autorités publiques à des situations de risque potentiellement graves et/ou irréversibles pour la santé, notamment lorsqu'il existe des incertitudes importantes concernant l'impact sur la population. Il est depuis 2005 intégré dans la Constitution française, plus précisément à l'article 5 de la Charte de l'environnement. Celle-ci dispose « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pouvant affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leur domaine*

affecter à l'accueil des étrangers pour sauvegarder leur santé. Et eu égard au second élément c'est-à-dire l'humanitaire, nous affirmons qu'il s'agit d'une situation dans laquelle la survie des individus prime sur toutes autres considérations et que pour cette raison, la conscience de l'humanité voudrait que la constitutionnalisation d'une intervention urgente pour prévenir la dégradation de sanitaire des étrangers, soit rendue obligatoire¹⁰²⁷.

La proposition suivante peut ainsi être adéquate, quitte à chaque Etat de la préciser, eu égard à son régime constitutionnel d'accueil et de gestion des Etrangers : « L'Etat sur le fondement d'une solidarité internationale, a le devoir d'apporter une assistance humanitaire à des étrangers pour préserver leur santé. Ce volontarisme est subordonné à une obligation d'information¹⁰²⁸ de l'Etat de provenance ». Il s'agit d'une résultante du droit d'asile constitutionnellement protégé octroyé pour raison sanitaire. Cette proposition est susceptible de précision par chaque Etat dans sa législation en mentionnant par exemple que le temps de séjour accordée par l'administration pourra être fixé en fonction de la période d'éradication de la cause incitant à la migration forcée. S'en suivront les sanctions pénales qui peuvent résulter d'une conduite irrespectueuse de l'ordre public, adoptée par ces étrangers¹⁰²⁹.

d'attributions, à la mise en œuvre de procédure d'évaluation des risques et l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

¹⁰²⁷ Nous reprenons les assertions de deux institutions de l'ONU, la FAO et l'OMS. Dans le cadre d'une conférence internationale sur la nutrition qu'elles ont organisé le 5 décembre 1992, elles affirmaient que « *La conscience de l'humanité demande que soit obligatoire l'ingérence humanitaire dans les situations qui compromettent gravement la survie de peuple et de groupes ethniques entiers : c'est là un devoir pour les nations et la communauté internationale* ». Bien qu'ayant s'exprimée dans un cadre précis, elles n'en demeurant pas moins lié à la santé, employant l'expression survie, qui reste tributaire de la stabilité sanitaire. De plus la nutrition qui est l'intitulé de la conférence en question est liée à la santé, par l'entremise d'une autre préoccupation juridique apparaissant comme étant un droit (le droit à une alimentation saine). BETTATI M., « *L'ONU et l'action humanitaire* », *Politique étrangère*, Vol 58 n°3 1993, p. 645

¹⁰²⁸ Cette obligation est la traduction indirecte du respect de la souveraineté de l'Etat dont les protégés ont besoin d'aide préventive. Elle désigne le pouvoir exercer au sein d'une communauté politique de manière à garantir son intégrité et celle des individus qui la composent. Donc en premier lieu, il revient seul à l'Etat de décider de la protection des individus. Un autre Etat devant en effectuer par solidarité, devra respecter le formalisme du consentement c'est-à-dire en informer et en avoir l'accord. Voir à propos BANRANGER D., « Chapitre II la souveraineté et l'Etat », BANRANGER, D, *Le droit constitutionnel*, Edition PUF, 2017, pages 34-51.

¹⁰²⁹ Cette précision se rapporte à, dans le cadre de la limitation de l'exercice de la liberté par l'ordre public, la décision n°94-352 DC du 22 avril 1997 du Conseil constitutionnel précisant que la loi interdisant la délivrance d'une carte de séjour temporaire aux étrangers vivant dans un état de polygamie ne concerne que les étrangers qui vivent en France. Nous ne sommes pas là dans la même situation, mais il s'agit du même contexte, c'est-à-dire exercer la liberté en respectant l'ordre public. Ainsi, le droit du maintien et l'exercice de la liberté d'aller et venir sur le territoire français d'un étranger (bénéficiant d'une protection sanitaire), titulaire d'un titre de séjour de courte durée est subordonnée au respect de l'ordre public.

Enfin, un étranger résidant déjà sur le sol français doit pouvoir se prévaloir de cette consécration constitutionnelle c'est-à-dire s'y fonder pour s'opposer à une décision administrative d'expulsion dans son pays d'origine où sévit une catastrophe immaîtrisable. De même, l'engagement d'une procédure d'urgence auprès du juge administratif doit avoir une suite favorable aux étrangers. Nous subordonnons dans le cadre d'un référé l'octroi d'un séjour à la jouissance préventive du droit à la santé consacrée par la Constitution. D'ailleurs, dans le cadre de la crise covid, la France a valorisé cette initiative en prolongeant de 3 à 6 mois la durée de validité des titres de séjour que disposent des ressortissants étrangers¹⁰³⁰. Les théories de la Cour européenne des droits de l'homme liées au refus d'extrader dite « protection par ricochet » viennent consolider ces deux précédentes thèses¹⁰³¹. Elles indiquent l'annulation ou la suspension de l'expulsion d'un étranger dans son pays d'origine qui résulte du fait qu'il sera exposé à des menaces liées à la santé protégée par la Constitution française, ce qui est déductible la Convention européenne¹⁰³². C'est une précaution conventionnelle qui pourrait être valable pour la situation d'urgence que nous expliquons. C'est-à-dire envisager l'annulation ou la suspension d'une décision d'expulsion d'un ou des étrangers dans leurs Etats d'origine, pour éviter qu'ils soient en proie à des événements pouvant porter atteinte à leur santé.

Il s'agit de part et d'autre, de préciser que la protection de la santé constitutionnalisée s'applique aux urgences qui doit être considérée autant par le juge administratif que par l'administration dans tous leurs aspects. Ceci est de même une incitation pour les organes étatiques à agir avec diligence pour la santé, c'est à dire traiter tout dossier y afférent dans un temps record.

¹⁰³⁰ Voir l'ordonnance du 25 mars 2020 et celle qui du 22 avril 2020 la modifiant. Initialement cette mesure concernait les titres de séjour expirant entre le 16 mars et le 15 mai, elle a été étendue aux titres expirant jusqu'au 15 juin par la loi du 17 juin relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire.

¹⁰³¹ Cette protection est un droit pour l'étranger de ne pas être éloigné du territoire d'accueil dans certaines circonstances déduites par CEDH de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme. S'il s'avère que l'expulsion de l'individu, l'expose dans son pays d'origine à des traitements inhumains et dégradants, celui-ci obtient le droit de séjourner sur le territoire de résidence pour lui éviter un tel acte. CEDH 7 juillet 1989, Soering c/ Royaume uni. Autant cet acte en question détériore la santé, autant, une catastrophe naturelle peut avoir les mêmes effets. Partant de cette convergence, nous pouvons affirmer que l'étranger ne peut être expulsé.

¹⁰³² Cette initiative se rapporte surtout à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit la torture et les traitements inhumains.

Paragraphe II - L'urgence sanitaire : l'expression de l'exercice des compétences des pouvoirs publics étatiques,

La santé n'attend pas ! Il s'agit de l'urgence avec laquelle nous devons protéger la santé ou prévenir sa dégradation. C'est une exigence de diligence qui doit surtout apparaître dans l'exercice des compétences des pouvoirs publics. Elle est premièrement déductible de l'analyse du traitement des requêtes liées à la protection des droits par les juridictions constitutionnelles françaises et des Etats d'Afrique francophones. La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité en application des dispositions qui la consacrent en est une illustration pouvant être précisée (A). Elle est enfin constatable dans les décisions réglementaires et législatives liées à l'éradication des maladies épidémiques et pandémiques. La propagation rapide de ces dernières par le flux migratoire nécessite ces interventions urgentes (B).

A- Le traitement d'urgence par les juridictions, lié à l'estimation du droit à la santé

En tranchant des litiges ou en vérifiant suite à la saisine des individus, le caractère protecteur de la loi, les juridictions sont quelquefois soumises à une obligation de traitement d'urgence¹⁰³³. Cette exigence peut être dégagée de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité. On y rattache le développement d'une théorie d'urgence juridictionnelle dite préventive de l'incident sanitaire.

D'abord, l'analyse sémantique de la question prioritaire de constitutionnalité nous présente une première possibilité formelle de constater cette urgence. L'adjectif « prioritaire » converge avec l'urgence autant dans l'analyse de ses définitions données par l'académie française, que dans celles fournies par la jurisprudence. Ainsi, selon le petit Robert *la priorité est le droit de passer avant un autre ou les autres en vertu d'un règlement et d'une loi. Elle signifie aussi le fait pour quelque chose d'être considérée comme plus importante que quelque chose d'autre, de passer*

¹⁰³³ Nous faisons allusion à des procédures d'urgence significatives et importantes en matière juridictionnelle : *par exemple une circonstance de fait permettant de demander au juge une décision, par la procédure de référé ou par la voie de procédure à jour fixe. Il s'agit aussi outre le cadre procédural, d'une exécution provisoire du jugement, une autorisation de signifier un acte ou d'exécuter en dehors des heures légales des jours ouvrables.... Voir Lexique des termes juridiques, Paris, édition Dalloz, 2018, p. 729.*

*avant toute autre chose*¹⁰³⁴. En rattachant ces éléments de définitions à la pratique médicale et juridictionnelle, nous nous retrouvons sans conteste dans le cadre de l'urgence. Ils décrivent dans les deux domaines scientifiques la considération accordée à un droit par rapport à un autre. La protection du premier non négligeable ou ne pouvant attendre au risque d'avoir de grandes conséquences dommageables autant pour l'individu que pour la collectivité. Dans le cadre de la protection de la santé, la priorité est une exigence qui s'impose aux professionnels de santé. Ils en font usage pour privilégier et distinguer une situation sanitaire qui est pressante d'une autre. Nous en déduisons qu'une urgence constitue une priorité¹⁰³⁵. La Cour européenne des droits de l'homme instituant une politique de priorisation, démontre cette concordance en privilégiant le traitement à des affaires qualifiées d'urgentes¹⁰³⁶. Ainsi aux termes du règlement détaillant cette politique « *pour déterminer l'ordre dans lequel doivent être traitées les affaires, la Cour tient compte de l'importance et de l'urgence des questions soulevées, sur la base de critères définis par elle. La chambre et son président peuvent toutefois déroger à ces critères et réserver un traitement prioritaire à une requête particulière* »¹⁰³⁷. Parmi six catégories d'affaires devant être considérées comme des urgences et auxquelles est accordée une priorité de traitement, figurent celles dans lesquelles la vie, la santé ou encore le bien-être du requérant est en péril¹⁰³⁸. Donc, en rapport à la protection sanitaire, la priorité et l'urgence se trouvent être convergentes.

Cette illustration met en lumière une autre qui relève du traitement de la question prioritaire de constitutionnalité. Implicitement l'urgence concordant avec la priorité peut être constatée dans cette procédure de contrôle au niveau des juridictions administratives et judiciaires statuant sur la transmission d'une question de constitutionnalité après avoir constaté que les conditions sont réunies¹⁰³⁹. Ainsi, l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le fonctionnement du Conseil constitutionnel indique que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont l'obligation

¹⁰³⁴Le petit robert, Paris, édition millésime, 2022, p.2024

¹⁰³⁵ KEMPF A., « Le management de l'urgence, urgence du management » *Revue française d'éthique appliquée*, n°3, 2017, p. 6.

¹⁰³⁶ HERVIEU N., « Politique de priorisation, ordre de traitement des requêtes (article 41 règlement CEDH) », *Revue des droits de l'homme, centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux*, 2010, p. 1.

¹⁰³⁷ Article 41 du règlement lié à l'ordre de traitement des requêtes de la Cour européenne des droits de l'homme

¹⁰³⁸ Article 39 du règlement lié à l'ordre de traitement des requêtes de la Cour européenne des droits de l'homme

¹⁰³⁹ Article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 énumère les conditions suivantes devant être remplies : « *la disposition contestée est applicable eu litige ou la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux* ».

de se prononcer en premier sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁴⁰. Elle insinue que celle-ci est urgente et mérite d'être prioritairement traitée avant toutes autres questions. Il en est de même quand le choix doit être fait entre le pourvoi en cassation et la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat simultanément considérés comme juges de première instance, d'appel et de cassation. Le Code de justice administratif enjoint qu'il lui soit accordé un traitement prioritaire par ce qu'il apparaît plus urgent¹⁰⁴¹. Nous sommes là dans la logique des définitions données par le dictionnaire français, celle qui accorde le droit de passer avant un autre ou les autres en tenant compte de l'importance ou de l'urgence comme nous l'avions illustré par les théories médicales et celles de la Cour européennes des droits de l'homme en rapport avec la santé.

Enfin, un dernier élément qui, contrairement aux autres, dénote précisément dans cette procédure de contrôle, l'urgence sans qu'on ne la déduise d'une analyse terminologique, est l'exigence faite à ces deux juridictions, par une loi ou un règlement, de se prononcer urgemment pour mettre fin à une privation de liberté en cours. Celle-ci est une exception à l'obligation de sursoir à statuer dès lors que le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce dernier élément peut être précisé par la perception sanitaire de la liberté en cours de privation. Il s'agit pour ces deux juridictions d'agir avec diligence en considérant cette dite liberté comme étant un droit ayant la même valeur que la protection de la santé ou un droit auquel la jouissance est subordonnée. En interrompant par exemple urgemment la privation de liberté d'aller et venir elles promeuvent la santé parce que celle-ci est, dans certaines circonstances, le moyen substantiel par lequel la jouissance de la protection sanitaire se réalise¹⁰⁴². C'est pour dire en d'autres termes que la loi ou le règlement qui exigent des juridictions un traitement urgent,

¹⁰⁴⁰ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le fonctionnement du Conseil constitutionnel.

¹⁰⁴¹ Article 771-17 du code de justice administrative « *lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est posée à l'appui d'un pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat se prononce sur le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel sans être tenu de statuer au préalable sur l'admission du pourvoi* ».

¹⁰⁴² Nous faisons là allusion à une circonstance dans laquelle, l'individu doit spontanément se déplacer, se mouvoir, donc exercer une liberté d'aller et venir pour jouir du droit à la protection de la santé, nouant une relation contractuelle avec un professionnel de santé qui en fait une obligation, et en a la compétence. La Commission africaine des droits de l'homme, dans sa décision *kensaro c. Nigeria*, met indirectement en valeur ce rapport en engageant la responsabilité d'un Etat qui refuse par l'entremise de ses organes, d'autoriser une personne détenue à se rendre à l'hôpital malgré une demande d'hospitalisation du médecin. *ComADHP, International Pen, ConstitutionalRights, Interights au nom de Ken Saro - Wiwa Jr. et Civil Liberties Organisation c. Nigeria*, préc., § 112.

doivent avoir plus une particularité sanitaire ou être enclins à faire prévaloir à travers eux le droit à la protection de la santé qui subordonne l'exercice des autres droits.

Nous confortons cette perception par l'incitation à un contrôle constitutionnel des lois par les deux juridictions ayant pour objet d'empêcher un incident sanitaire dans lequel un individu serait entrain de voir son droit à la protection de la santé bafoué ou d'autres droits qui y sont liés. C'est-à-dire qu'outre la question de privation de liberté qui motive la décision urgente de statuer, il est possible que l'approbation ou la désapprobation préalable de l'inconstitutionnalité d'une loi par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, résultant de son caractère préjudiciable à la santé constitutionnalisée, puisse prévenir une autre violation en cours. C'est l'hypothèse d'un individu qui fait un procès à une structure d'urgence hospitalière en dénonçant l'inconstitutionnalité d'une loi qui confère au médecin un pouvoir discrétionnaire lui permettant de faire un choix entre deux situations d'urgences similaires. L'intervention réprobatrice de la juridiction est urgente et préventive, parce qu'elle évite une perturbation ultérieure : cet exemple répréhensible pouvant être suivi et être à l'origine d'une conduite pouvant bouleverser dans un établissement l'ordre sanitaire et empêcher des soins donc la protection des droits. Nous nous trouvons dans la même logique de prévention d'une perturbation consacrée par la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003 qui prévoit la sanction des menaces proférées contre des personnels de santé¹⁰⁴³. Cette illustration est en quelque sorte une incitation législative ou réglementaire à un contrôle sérieux, urgent et préventif à effet immédiat.

Cette exigence d'urgence est exigible de l'Etat dans toute sa composante qui doit mettre en place un système sanitaire institutionnel agissant à temps. Dans le cadre de la protection des individus contre des maladies contagieuses, celle-ci doit particulièrement être exigée.

¹⁰⁴³Selon l'article 59 de ladite loi, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende la menace de commettre un crime ou un délit contre toute personne chargée d'une mission de service public ainsi que d'un professionnel de santé dans l'exercice de ses fonctions lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur.

B- L'éradication constitutionnelle des épidémies et pandémies, une urgence sanitaire

Rappelons que dans le cadre de la protection sanitaire certaines Constitutions des Etats d'Afrique francophones consacrent l'éradication des épidémies comme un devoir étatique¹⁰⁴⁴. Extensible aux pandémies, elle doit plutôt être une obligation fondée sur le texte régional de tutelle c'est-à-dire la Charte africaine des droits de l'homme qui dispose aux termes de l'article 16 « *que toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mental qu'elle soit capable d'atteindre. Les Etats parties à la présente charte s'engagent à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger la santé de la population et de leur assurer l'assistance en cas de maladie* ». Nonobstant l'absence d'une « justiciabilité irréaliste¹⁰⁴⁵ », la Charte à travers cette disposition exige des Etats la garantie du droit à la santé à tous les individus. C'est donc une obligation dont la violation résulte du seul fait de la non-jouissance de ce droit fondamental¹⁰⁴⁶. En référence à des interprétations de la Commission africaine des droits de l'homme¹⁰⁴⁷ et à des déductions de la Cour européenne des droits de l'homme dans certaines affaires liées à la protection du droit à la vie¹⁰⁴⁸, nous soutenons qu'il est déductible de cette obligation deux autres qui ont une teneur

¹⁰⁴⁴ Aux termes de l'article 15 de la constitution guinéenne, « *l'Etat a le devoir de promouvoir la santé physique et mentale et lutter contre les épidémies les fléaux sociaux* ».

¹⁰⁴⁵ Nous exposons là l'irréalisme de l'obligation imposée aux Etats de respecter les droits. Dans le cadre spécifique du droit à la santé, une obligation d'abstention qui est imposée aux Etats reste inobservée malgré les directives de la commission africaine des droits de l'homme qui reste active à l'issue des saisines. Dans l'affaire *media Right agenda and constitutional right Project c. Nigeria* où il était allégué que le plaignant, un détenu s'était vu refuser l'accès aux soins alors que sa santé se détériorait en prison, la commission africaine précise : « la responsabilité du gouvernement devient plus grande lorsque 'individu est détenu dans sa prison et par conséquent son intégrité et son bien être dépendent entièrement des dispositions de l'autorité. Refuser à quelqu'un l'accès aux médecins lorsque son état de santé se détériore est une violation de l'article 16. ComADHP, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c. Nigeria*, préc., § 91.

¹⁰⁴⁶ OUGERGOUZ F., *Charte africaine des droits de l'homme et du peuple, approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Genève, Edition Graduate Institute publication, 1993, pages 367-393.

¹⁰⁴⁷ « *Il se peut d'un Etat se trouve dans l'incapacité d'assurer le bien-être physique et mental de chacun, mais il peut et il doit s'efforcer de créer des conditions favorables à la santé et non le contraire. Selon la Commission le droit à la santé fait obligation aux Etats de se préoccuper des groupes qui sont particulièrement vulnérable les enfants, les pauvres, les détenus et prisonniers et de leur garantir une protection spécifique en matière de santé. En effet certaines personnes, les mères, les enfants par exemple, ont parfois besoin des soins particuliers. Mais parfois l'accès aux soins de ces groupes ne suffit pas pour garantir, le respect de leur droit à la santé en raison de l'absence d'autres mesures aptes à préserver leur dignité, leur intégrité et leur liberté. D'après la commission, le droit à la santé, inclut aussi, le droit à la sécurité sociale. Elle n'ajoute que l'incapacité des gouvernements de fournir des services tels que l'accès à l'eau potable, l'électricité, et des médicaments en qualité suffisante constituent, une violation de la charte. Voir document d'Amnesty international relatif à commentaire de la charte par la commission africaine des droits de l'homme* ». <https://www.amnesty.org/download/Documents/76000/ior630052006fra.pdf>

¹⁰⁴⁸ La Cour dans son arrêt du 1^{er} mars 2001, *Berktoy c. Turquie*, req. N° 22493/93, § 154, déduisant de l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme, le droit à la protection de la santé, a indiqué que les Etats ont

très estimable : celle qui, dans l'optique de protéger la santé et la vie en dernier ressort, consiste à prendre des mesures nécessaires et urgentes, pour éviter que les individus qui se trouvent sous sa juridiction soient exposés à une maladie contagieuse en provenance de l'extérieur et celle qui consiste à en limiter promptement la propagation. L'intervention d'urgence est motivée par la prévention d'une transmission rapide. Autrement dit, l'épidémie étant une propagation brutale et rapide d'une affection et d'une infection¹⁰⁴⁹, elle nécessite des mesures urgentes étatiques.

Toutefois, ces épidémies et pandémies n'existent que les déplacements individuels expression de la liberté d'aller et venir¹⁰⁵⁰. Il en résulte donc une conciliation entre la garantie de jouissance du droit à la santé par une protection rapide contre une infection extrêmement transmissible avec la libre circulation des personnes. En d'autres termes, il est impossible de s'acquitter de l'obligation de limiter de toute urgence les effets d'une maladie à travers des mesures, sans pour autant traiter de la liberté de mouvement qui y est liée. Leur harmonisation doit apparaître comme une obligation conjointe et un objectif commun à tous les Etats africains partis à la Charte africaine des droits de l'homme, ce qui d'ailleurs, dissiperait les limites de la convention instituée de la CEDEAO concernant la liberté de circuler¹⁰⁵¹ : si en droit africain, plus précisément celui de l'Afrique de l'Ouest, la liberté de circuler est consacrée par ce texte¹⁰⁵², elle peut, pour des nécessités sanitaires être limitée. C'est-à-dire les Etats peuvent, pour protéger la santé de leurs ressortissants, la restreindre. Et cette restriction est très souvent faite dans le cadre des mesures d'urgence étatiques prises contre les épidémies et qui s'exécutent au niveau des frontières. Même si elle est fondée, elle ne traduit pas l'unité dans le cadre duquel prétendent évoluer les Etats dans tous les domaines sensibles, celui de la santé en l'occurrence. C'est pourquoi dans le cadre spécifique de la promotion transfrontalière de la santé¹⁰⁵³, est très indispensable voire urgente, la

l'obligation générale de prendre des mesures pour la protection de la vie dans le cadre sanitaire. Elle la spécifie par l'arrêt du 1^{er} mars 2001, Berktaç c. Turquie, req. N° 22493/93, § 154 par l'obligation pour l'Etat de protéger la vie contre les risques des maladies. Peut-être lié à cette précision, la question de la protection contre les affections épidémiques et pandémiques.

¹⁰⁴⁹ SOURNIA J., « Glossaire » *l'histoire de la médecine*, 2004 pages 338-342.

¹⁰⁵⁰ KECK F., « Préface » *Emergence de maladies infectieuses. Risque et enjeux de société*, Versailles, Edition Quae, « matière à débattre et décider », 2016 pages 7-8.

¹⁰⁵¹ Traité de la CEDEAO pour la libre circulation des personnes et des biens. Cette convention a selon nous des limites sanitaires parce qu'elle consacre le droit pour les Etats parties sur le fondement des prérogatives de puissance publique et de la souveraineté territoriale de restreindre la liberté de circulation des étrangers entrant manifestant le désir d'accéder sur leur territoire pour des raisons de santé publique.

¹⁰⁵² Traité de la CEDEAO pour la libre circulation des personnes et des biens.

¹⁰⁵³ En 2005, la CEDEAO a adopté une convention de coopération transfrontalière dans son espace. Aux termes de l'article 1-2 afin de réaliser et les buts et objectifs ci-dessus visés, les Etats s'accordent de reconnaître « aux pays

perspective d'instituer par une Convention une zone d'urgence sanitaire ayant pour but d'abriter pour des soins, en des périodes de crise sanitaire, les individus infectés, interceptés à l'issue des contrôles sanitaires frontaliers. Cette perspective conciliatrice se situe dans la droite ligne des exigences de l'OMS, dans la crise Ebola. L'organisation indiquait que les Etats, pour atténuer ou contenir la propagation du virus, pouvaient prendre des mesures supplémentaires pourvu que ces dernières ne soient pas plus restrictives et plus intrusives¹⁰⁵⁴. Nous considérons que l'adoption d'une telle zone d'urgence sanitaire, promouvrait ces exigences en ce sens que, permettant la circulation des personnes ou les trafics, elle consoliderait les contrôles singuliers des Etats aux entrées et aux sorties et inciterait à une vigilance commune.

Cette initiative devant faire l'objet d'une consécration constitutionnelle, induit un financement collectif. En détail la constitutionnalisation d'une convention est la première remarque théorique et tangible que l'on puisse faire après son approbation. Ainsi, sans scruter les Constitutions de l'Afrique l'ouest qui en sont d'ailleurs déficitaires et prônant l'idée d'une évolution scientifique, une suggestion en la matière paraît opportune et évidente. Dans le cadre guinéen, par exemple il est appréciable de suggérer dans l'optique d'une réforme constitutionnelle que : « L'Etat, dans le but de protéger ses ressortissants et étrangers contre tout risque de maladie, peut, seul ou par l'entremise des organisations ou institutions internationales, coopérer avec d'autres Etats. Cette coopération est promotrice et respectueuse des autres droits qui s'y rattachent comme la libre circulation des personnes. » Cette proposition, en plus de présenter toutes les caractéristiques de garantie des deux droits et leurs conciliations, est reconnaissante de l'effort que peuvent fournir les organisations et institutions internationales. Peut d'ailleurs être impliquée dans un tel projet, l'organisation ouest africaine de la santé¹⁰⁵⁵, qui y est appropriée ou l'organisation mondiale de la santé qui prévoit des programmes de formation de prévention destinés personnels et dispose des partenaires importants¹⁰⁵⁶.

frontières » d'intervenir dans le domaine de coopération non limitatifs. Parmi ces domaines qui sont au nombre de dix, figure celui de la promotion de la santé transfrontalière.

¹⁰⁵⁴ https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_21-fr.pdf

¹⁰⁵⁵ Les Etats de l'Afrique de l'ouest (membre de la CEDEAO) entendant dissiper les disparités des systèmes de santé orientés vers l'octroi des soins de qualité aux nécessiteux ont fondé cette organisation par l'entremise des chefs d'Etat et de gouvernement. Elle évolue sous la tutelle de la CEDEAO et demeure donc une institution spécialisée de celle-ci. Le protocole A/P2/7/87 du 9 juillet 1987 signé à Abuja est l'acte juridique qui sous-tend sa création. Son siège social se trouve à Bobo-Dioulasso au Burkina Fasso.

¹⁰⁵⁶ <https://www.who.int/features/2018/standby-partners-in-emergency-response/fr/>

Du point du financement, en plus de la sollicitation des institutions financières internationales, une prévision doit être faite annuellement par chaque Etat. Celle-ci a un caractère préventif et rend subsidiaire l'aide internationale. Elle fait des autorités nationales des actrices de la gestion des situations d'urgence sanitaire.

Aucun organe ne doit être à la marge et les litiges qui en découlent doivent pouvoir être tranchés par les différentes juridictions en toute impartialité. Faut-il cependant que celles-ci aient une idée exacte des éléments de qualification ? Nous en présentons dans les lignes qui suivent, pour les juges constitutionnels notamment béninois, appréciant une situation d'urgence médicale entre patient et médecin.

Section II - L'urgence médicale et son appréciation constitutionnelle

Rappelons que l'urgence médicale lie le patient qui sollicite des soins sanitaires non programmés au médecin qui les administre avec promptitude¹⁰⁵⁷. De ce rapport pourrait résulter un désaccord lié surtout à l'indisponibilité du médecin. Et si un juge constitutionnel en est saisi, comme ce fut le cas au Benin, il faut qu'il en connaisse les éléments d'appréciation que nous tentons de relever par interprétation. Il s'agit d'une reconstitution plus ou moins analytique qui rend plus commode son intervention. Ainsi, nous pouvons constater que constituent les concepts de base de ladite appréciation, la liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste dont la principale conséquence est la discrimination positive qui déroge à l'égalité (Paragraphe I) et la probité constitutionnelle qui sous-tend cette liberté. Ce second élément a pour fondement le serment (Paragraphe II).

¹⁰⁵⁷ GENTILE S., SAMBUC R., & alii op.cit, p. 65.

Paragraphe I - La liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste

Supposément frustré dans une situation d'extrême urgence médicale, un patient faisant un procès à un médecin urgentiste pour la violation du principe d'égalité devant la Cour constitutionnelle béninoise¹⁰⁵⁸, rend a priori sujet à controverse le droit-liberté que ce dernier exerce pour opérer un choix distinctif : il s'agit de la liberté médicale du triage que nous enracinerons dans les Constitutions d'expression française en y rapprochant précédemment le refus de pratiquer un acte médical (A). Les conséquences constitutionnellement admissibles pour les usagers du service public sanitaire sont la dérogation au principe d'égalité que l'on pourrait appréhender comme étant une discrimination positive, parce qu'ayant une visée curative (B).

A- De l'origine de la liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste

Nous ajoutons aux trois libertés du médecin c'est-à-dire la liberté tarifaire¹⁰⁵⁹, la liberté de prescription¹⁰⁶⁰ et celle de décider généralement d'un traitement (liberté thérapeutique) qui doit être approuvée par le consentement du patient¹⁰⁶¹, la liberté de choix qui consiste à faire la distinction

¹⁰⁵⁸ Aux termes de l'article 122 de la Constitution béninoise. L'individu a la possibilité de saisir directement la Cour constitutionnelle pour la constitutionnalité des lois, pour toute situation, un acte, une conduite qui lui paraît préjudiciable à un droit fondamental

¹⁰⁵⁹ La liberté tarifaire n'est réservée qu'à une certaine catégorie de médecin ceux du secteur 2 qui sont des spécialistes. C'est-à-dire que contrairement à ceux du secteur 1 qui sont de généralistes, dont le tarif de consultation est strictement limité à 25 euros, eux ils sont libres de fixer un tarif. Il en découle, alors une liberté. Voir à propos BRAS P., « La liberté des tarifs médicaux : la victoire des médecins spécialistes » *Tribune de la santé*, vol 3, n°48, 2015 pages 73-92. Voir aussi à propos BATIFOULIER P., « Prix marché et liberté tarifaire en médecine » *journal de l'économie médicale* n°39 2011 pages 2004-215.

¹⁰⁶⁰ Aux termes de la disposition R 4127-8 du code de santé publique « *dans les limites fixées par la loi et compte tenu des données acquises de la science, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et l'efficacité des soins. Ils doivent tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles* ». Cette disposition décrivant la liberté de prescription du médecin a des restrictions qui sont liées aux incompatibilités médicamenteuses faisant allusion de nouveaux médicaments très puissants réservés aux indications particulières. A cela s'ajoute des considérations économiques qui veulent que les médecins soient autant que possible, économique dans leur prescription. Le code de sécurité sociale article L 162-2-1 en dispose ainsi « *que les médecins sont tenus, dans toute leur prescription d'observer, dans le cadre de la législation et de la réglementation en vigueur, la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement* ». Sont dans ce cadre invités à prescrire, des médicaments génériques, les médecins. La cour de justice de l'union européenne en a donné une confirmation. CJUE 22 avril 2010, Association of the british pharmaceutical industry c-62/09.

¹⁰⁶¹ Il s'agit ici du libre choix du traitement que le médecin doit administrer au patient. Cette liberté découle de l'article 1110-5 du code de santé publique français qui dispose « *toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de traitement et de soins ne doivent*

entre les patients dans une structure d'urgence médicale. Cette dernière, doit préalablement être distinguée de la faculté de refus de pratiquer un acte médical qui pourrait résulter du libre usage de la conscience qui s'enracine dans la consécration constitutionnelle béninoise de la liberté¹⁰⁶² et précisée par les Codes d'éthique médicale.

En effet, d'une catégorisation de la liberté, nous identifions celle non professionnelle qui, exercée en étant exempte de pression mais pouvant être limitée dans certaines circonstances¹⁰⁶³, constitue la libre détermination de l'individu et celle professionnelle qu'accordent les normes réglementaires et législatives. De la seconde est dérivé « le libre usage de la conscience » qui engendre la conscience personnelle. Cette dernière, en plus de permettre d'acquiescer à l'exécution d'un acte médical, consiste à s'y opposer en tant que professionnel de santé et de le déléguer à d'autres. Il s'agit pour le médecin de faire valoir ses croyances, ses convictions et de ne pas s'astreindre à pratiquer un acte qui irait à leur encontre. Consacrée dans le Code français de santé¹⁰⁶⁴, nous la relevons dans des interprétations du juge constitutionnel français indiquant qu'en prévoyant que le chef de service d'un établissement public sanitaire peut s'abstenir de pratiquer une interruption volontaire de grossesse le législateur a tenu à protéger sa liberté, laquelle relève de sa « *conscience personnelle* »¹⁰⁶⁵. Soulignons que cette abstention doit toutefois être juste, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas fondée sur des considérations relatives à des affinités. C'est, nous semble-il, l'exigence de traiter avec la même conscience tous les malades, que mentionne le Code de santé publique français¹⁰⁶⁶.

Ce libre usage de la conscience, doit être conséquemment distinguer de la liberté de tri ou de choix du médecin aux urgences qui se trouve encadré. Cette dernière, voudrait que, sur le fondement des

pas, en l'état des connaissances médicales lui faire courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté... ». Cependant, cette liberté de choix des soins administrables encadrée par cette précédente disposition, doit s'exercer en adéquation avec le principe du nécessaire consentement du patient consacré par le même code santé publique 1111-4. Ce qui ne veut nullement pas dire qu'il revient au patient de choisir les soins qui doivent lui être administrés. Voir à propos Référé du 26 juillet 2017 n° 412618.

¹⁰⁶² La première consécration de ce libre usage de la conscience est indirecte et faite par l'entremise de la mention de la liberté faite isolément. Ainsi, la Constitution dispose aux termes de l'article 15 « *tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et l'intégrité de sa personne* ». La seconde consécration est directe. On la relève de l'article 23 de la Constitution qui dispose « *toute personne a droit à la liberté de penser, de conscience* ».

¹⁰⁶³ Cette catégorie de liberté, consiste à faire ce que notre conscience personnelle nous impose, et nous permettant, de parler, de lire, d'écrire, de faire des actes, mais quitte à répondre des abus ou des contrariétés par rapport aux prescriptions législatives. C'est une extension ou plutôt une innovation de l'article 11, de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789 que nous faisons pour étayer notre analyse.

¹⁰⁶⁴ Article 4127-7 du Code de santé publique français.

¹⁰⁶⁵ Décision n°2001-446 DC du 27 juin 2001.

¹⁰⁶⁶ Article 4127-7.

critères que sont par exemple la pathologie, le degré de gravité, la chance de survie et aussi l'âge, le médecin urgentiste fasse une distinction ou une prise en charge des patients. Celle-ci consiste à une évaluation subjective et objective pour une prise en charge par priorité¹⁰⁶⁷. En France, même s'il reste à préciser, le décret consacré à la médecine d'urgence¹⁰⁶⁸ en fait une esquisse en disposant que : « *lorsque le patient nécessite une prise en charge médicale ou chirurgicale spécialisée dans un très bref délai et que son pronostic vital ou fonctionnel est engagé, il est directement orienté par le SAMU ou en liaison avec ce dernier, vers le plateau adapté à son état.* » Cette exigence textuelle d'orientation ou de prise en charge spécifique, sous-tend le choix distinctif que doit faire le médecin. Les services d'urgence via une réglementation interne, en donnent effet en avisant les patients par des écrits succincts : le degré de gravité est le critère de prise en charge des patients et non l'ordre d'arrivée.

Donc, contrairement au libre usage de la conscience qui donne le droit de refus de pratiquer un acte, cette liberté est en réalité une faculté de choix bornée par des critères déterminés. Sa visée est la prompte satisfaction des besoins impérieux de santé du patient qui doit être choisi en priorité. La définition française de la liberté comme l'action de pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui rend cette illustration consistante¹⁰⁶⁹. Par extension, nous considérons qu'il s'agit d'une interdiction faite au médecin de prendre des décisions thérapeutiques ou faire des choix dommageables aux patients qu'il accueille et qu'il est censé soigner. En d'autres termes, le médecin qui se trouve face à une situation de choix entre deux patients, doit y procéder sans qu'il ne soit préjudiciable à l'un d'entre eux qui n'en fera pas l'objet. Nous soutenons, pour être plus précis, que dans un établissement d'urgence médical, le retard du choix d'un patient motivé par celui d'un autre auquel la priorité est accordée sur la base d'une menace vitale, ne doit pas être attentatoire à sa santé ou accélérer la dégradation de celle-ci. Le médecin évite dans cette circonstance, pour le patient une perte de chance d'être guéri. Celui-ci pourrait s'en servir pour engager sa responsabilité¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁷ Voir à ce propos le guide pratique du triage de l'agence nationale de la performance sanitaire et médico-sociale : <https://ressources.anap.fr/urgences/publication/1765>

¹⁰⁶⁸ Article R. 6123-32-1 du décret n° 2006-576 du 22 mai 2006 relatif à la médecine d'urgence et modifiant le code de santé publique (disposition réglementaire).

¹⁰⁶⁹ Article 4 de la déclaration française des droits de l'homme de 1789 : « *La liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui...* »

¹⁰⁷⁰ La perte de chance, initialement dans le cadre de l'engagement de la responsabilité du médecin est un mode de recours indiquant que le professionnel de santé par sa faute a fait perdre au patient une chance d'améliorer son état de santé ou même de guérir, de survivre ou d'échapper à une infirmité. CIV 1^{ère}, 10 juillet 2002, n° 1250 P.

Notons que dans cette perspective, n'est pas seulement défendu le pouvoir du médecin urgentiste ou ses prérogatives, mais aussi la sécurité sanitaire du patient. De sécurité, il s'agit, en plus de celle qui peut concerner l'ordre social, incluant le respect de l'ordre public et la protection des individus contre des actes attentatoires à leur vie, de celle liée à la santé dans les prises de décision médicales ou thérapeutiques. Nous faisons au profit du patient, une extension de la conception classique de la sécurité sanitaire¹⁰⁷¹ qui, bien qu'étant favorable au médecin le contraint à prendre une décision plus protectrice. C'est de conclure un droit sanitaire qui exige du médecin, une conduite méticuleuse dans l'exercice de sa profession pour le bien-être du patient.

L'exercice d'une telle liberté sécurisant a des conséquences acceptables pour les patients qu'il faut nécessairement détailler.

B- Conséquence constitutionnelle de la liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste

La discrimination médicale dite positive¹⁰⁷² est la résultante de la liberté attribuée aux médecins urgentistes. Le choix fait par celui-ci entre des usagers déroge à l'égalité prévue dans des textes médicaux et que consacrent manifestement les différentes Constitutions. En les identifiant nous décortiquons leur interprétation restrictive par le juge constitutionnel béninois et l'amendons sur le fondement des théories françaises constitutionnelle françaises.

¹⁰⁷¹ La sécurité sanitaire est un mot couple qui est créé en France 1992 par le ministère de la santé lors de l'élaboration du système de transfusion sanguine que l'affaire dramatique du sang contaminé avait nécessitée. Elle a par la suite donnée naissance à une loi de sécurité sanitaire. Elle est définie en 1994 comme la protection de la santé contre les risques liés au fonctionnement du système de santé. Précédemment elle incluait en 1990 la protection contre les risques sanitaires dans le domaine de l'alimentation et de l'environnement. Notre extension se situe dans le premier sens. Elle concerne, dans le cadre du fonctionnement du système, la relation entre médecin et patient, le premier devant avec toute l'attention prendre des décisions protectrices des individus ou non préjudiciable à ceux-ci sous peine d'engager sa responsabilité. Voir à propos de la sécurité sanitaire TABUTEAU D., « Sécurité sanitaire, réforme institutionnelle ou résurgence des politiques de santé publique » *Tribune de la santé* n°16, 2007, pages 87-103.

¹⁰⁷² En parlant de discrimination positive dite médicale, nous faisons allusion à une priorisation fondée sur une différenciation qui voudrait que les situations particulières aient un traitement particulier. En d'autres termes l'urgence de la prise en charge motivée, par une sauvegarde de la vie, mérite une priorité. C'est aussi là dans la logique du Conseil d'Etat une différenciation de l'administration médicale, correspondant à une discrimination positive, justifiée par les exigences du service public sanitaire qu'est l'urgence vitale (CE, 9-3-1951, Société des concerts du Conservatoire). Pour consolider, se mettant dans la logique de la directive européenne (de 2004/113/CE du 13 décembre 2004), précisée par transposition par la loi n°2008-496 du 27 mai 2008, nous qualifions davantage d'une discrimination indirecte réalisée par rapport à une pratique médicale neutre en apparence, mais entraînant un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes. Cette pratique médicale s'avère objectivement justifiée par un but légitime qui est celui d'écarter une menace vitale. Voir aussi LEVADE A., « discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoir* n°111, P. 61.

En France et au Bénin on remarque une similarité de consécration de l'égalité dans la jouissance de la protection sanitaire, mais la formule française s'avère plus longue et édifiante. Ainsi le Code de déontologie médicale français aux termes de l'article 7 dispose que « *le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leur mœurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard. Il doit leur apporter son concours en toutes circonstances. Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée* »¹⁰⁷³. Cette consécration d'un traitement identique est insuffisamment faite dans le Code de déontologie médicale béninois à l'article 3¹⁰⁷⁴. Mais dans l'un ou l'autre, l'emploi du terme « même » indique l'égalité qui doit être observée et ce, indépendamment de ce que sont les individus qui en sont soumis. Dans la Constitution béninoise cette notion d'égalité est doublement esquissée. D'abord, implicitement à travers les expressions « tout individu et tout être humain » mentionnées dans des dispositions¹⁰⁷⁵. Elles dénotent l'absence de distinction dans l'exécution d'un devoir ou le respect d'un droit. Elles signifient de même l'absence d'une dérogation ou exemption dans une collectivité humaine que constitue l'Etat¹⁰⁷⁶. Ainsi, cette Constitution disposant que « *tous les citoyens de la république ont le devoir de travailler pour le bien commun, de remplir toutes leurs obligations civiques et professionnelles, de s'acquitter de leurs contributions fiscales* »¹⁰⁷⁷, fait observer le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques. Celle-ci, en France, est complémentaire au principe d'égalité devant la loi fiscale, tous deux pris comme une composante du principe de l'obligation devant l'impôt¹⁰⁷⁸. Ces principes sont déductibles d'une consécration plus précise de l'égalité des citoyens qu'assure l'Etat devant la loi¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷³ L'article R.4127-7 reprend aussi courtement cette consécration.

¹⁰⁷⁴ « *Le médecin doit soigner avec la même conscience tous les malades quelle que soit leur condition, leur nationalité, leur opinion, leur religion, leur réputation et les sentiments qu'ils inspirent.* »

¹⁰⁷⁵ Article 9, 10, 15 de la Constitution béninoise.

¹⁰⁷⁶ Nous nous fondons là sur la définition donnée par le dictionnaire Larousse selon lequel, le terme tout signifierai une totalité. Elle s'oppose à une partie. Le rattachant aux mots personnes individus ou personnes, nous avons à faire à une collectivité humaine, un groupe d'individu, de personne de citoyen donc toute une composante de l'Etat. Voir à propos de la définition Larousse.

¹⁰⁷⁷ Article 33 de la Constitution béninoise.

¹⁰⁷⁸ FOUQUET O., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt » *Nouveau cahier du constitutionnel*, n°33 2011.

¹⁰⁷⁹ Article 26 de la Constitution béninoise.

Enfin, en mentionnant « ... *il assure l'égal accès à la santé* »¹⁰⁸⁰, cette même Constitution prévoit expressément l'égalité, dans le cadre de la protection sanitaire. Cette consécration est pertinente pour toute référence juridictionnelle. Mais la Cour constitutionnelle béninoise ne s'y fonde pas. Intervenant entre médecin et patient, il définit sa position par plusieurs considérants dont un seul nous semble plus déterminant mais critiquable : considérant que l'article 26-1 de la Constitution dispose : « *L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale* »¹⁰⁸¹.

Le choix de ce seul article n'est pas erroné, mais limité. Pour préciser brièvement, il s'agit de la mise en évidence de l'égalité entre citoyens ou plutôt usagers du service public. Il s'agit en plus, pour aller plus loin que ce juge constitutionnel béninois, de la mise en relief de l'égalité d'accès aux soins. Autrement dit, il est question ici de la conjonction de deux droits, l'un l'égalité, qui, constitutionnellement, est généralement qualifié de principe mais aussi d'un droit fondamental et l'autre l'accès aux soins sanitaires. Le premier, qui constitue un « droit-tuteur » est au service du second et les deux ne sont constitutionnellement pas dissociables¹⁰⁸². Donc la formule de l'article 8 précédemment citée est meilleure et appropriée car elle permet de démontrer que dans le cadre de la fourniture du service public de la santé, l'égalité doit être le principe pour tous. C'est l'un des principes par rapport auxquels le Conseil constitutionnel français a défini l'obligation des agents publics de l'Etat¹⁰⁸³. La discrimination qui s'y opère doit être justifiée. Dans le cadre des urgences, la justification d'un choix discriminatoire n'est que la préoccupation de dissiper une menace vitale qui correspond aux exigences de l'administration sanitaire.

¹⁰⁸⁰ Article 8 de la Constitution béninoise.

¹⁰⁸¹ Décision N° 09-046 du 24 Mars 2008.

¹⁰⁸² A propos MELIN-SOUCRAMNIEN, démontrant dans l'importance de l'usage de l'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans les jurisprudences de tant d'autres juridictions indiquait : «...*Désormais dans près d'une décision sur deux rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle a priori de l'article 61 de la Constitution il est fait application du principe d'égalité. Cette tendance à l'expansion du principe d'égalité envisagé en tant que droit fondamental est également observable dans la jurisprudence de la plupart des juridictions constitutionnelles européennes. Notamment en Allemagne, en Autriche, en Belgique ou en Italie. Elle est essentiellement également due au fait que le principe d'égalité occupe une place singulière parmi les droits fondamentaux. L'égalité constitue à la fois un droit fondamental en soi et une condition d'exercice des autres droits fondamentaux, autrement dit une sorte de droit-tuteur nécessaire à la mise en œuvre des autres droits fondamentaux* ».

¹⁰⁸³ Décision du 5 aout 2004, n° 2004-501 DC relative à la relative au service public de l'électricité et du gaz. Cette obligation de respect de l'égalité, est traduite dans le statut de la fonction publique du Benin. Il indique aux termes de l'article 25 que « *les agents de la fonction publique doivent assurer leur fonction en toute impartialité et se garder de toute attitude discriminatoire à l'égard des usagers du service public...* »

Conséquence de l'exercice de la liberté médicale de choix, la dérogation à l'égalité, c'est-à-dire la discrimination positive constitue un acte dont l'un des éléments d'appréciation est la probité. Il s'agit en réalité de la moralité dont tenterons dans les lignes suivantes la constitutionnalisation jamais envisagée mais pourtant nécessaire.

Paragraphe II - La probité, fondement de la liberté de choix du médecin urgentiste dans la constitution béninoise

« *Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun* »¹⁰⁸⁴. Sur le fondement de cette disposition constitutionnelle qui constitue le second volet de l'argumentation de la Cour constitutionnelle béninoise, nous présentons la probité, fondement et élément d'appréciation de la liberté de choix (A). Celle-ci est valorisée par la pratique déontologique du serment d'Hippocrate. En dépit du fait que cette dernière ne soit pas directement consacrée par toutes les Constitutions d'expression française, elle pourrait bien y avoir été esquissée (B).

A- Présentation constitutionnelle de la probité du médecin urgentiste

La liberté de choix ou de tri qui permet au médecin urgentiste de choisir doit rimer avec une bonne moralité professionnelle. Il s'agit de la probité, qualité d'une personne droite qui observe scrupuleusement ses devoirs et les règlements¹⁰⁸⁵. Sa juxtaposition avec la « conscience » établit une interdépendance entre elles, que le constituant béninois n'avait peut-être pas envisagée.

En effet, la probité, principe qui impose une conduite professionnelle, a un caractère limitatif. Elle voudrait que l'usage de la conscience par les médecins soit promoteur d'un système de santé très efficace : le bon fonctionnement du service public sanitaire, la protection sanitaire du patient qui fonde celle de la vie, en constituent ainsi le cadre de mise en œuvre. Paraissant comme un devoir qui englobe les autres, en France ou dans les Etats d'Afrique qui s'en inspirent, dans les recueils d'éthique médicale nous relevons subtilement des dispositions qui s'y rapportent. Nous pouvons ainsi constater que l'exigence d'un secret professionnel dans le Code de déontologie

¹⁰⁸⁴ Article 35 de la constitution béninoise.

¹⁰⁸⁵ Le petit robert, Paris, édition millésime, 2022, p.2029.

médicale béninois¹⁰⁸⁶ y est afférente. C'est-à-dire que dans un rapport qu'entretient patient et professionnel de santé, la discrétion sur certaines informations doit être observée sur la base du respect du principe de probité. Le contraire serait une trahison traduisant la malhonnêteté, une conduite attentatoire aux normes en la matière¹⁰⁸⁷. Ceci constitue pour lui une triple obligation :

une obligation légale en ce sens que sa responsabilité peut être engagée en cas d'inobservation. C'est ainsi que le Code pénal français dispose aux termes de l'article 226-13 que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est le dépositaire, de par son état ou sa profession, en raison de sa fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euro d'amende.* »¹⁰⁸⁸ Deux illustres arrêts du 9 mai 1913 et du 27 juin 1967 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation observent à propos que « le délit existe dès que la révélation a été faite, avec connaissance, indépendamment de toute intention spéciale de nuire », donc l'intention coupable demeure sans importance. L'élément moral de l'infraction consiste en la volonté du détenteur du secret de le révéler en ayant pleinement conscience. Par conséquent la violation du secret professionnel reste un délit intentionnel.

Il s'agit d'une obligation déontologique. Les Codes de santé publique et de déontologie médicale disposent précisément que « *le secret professionnel s'impose à tout médecin, sauf dérogation prévue par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* »¹⁰⁸⁹

Enfin comme obligation morale, le secret professionnel est la conséquence de la confiance en son médecin traitant.

Cette exigence de droiture qui correspond au respect de la probité apparaît dans la sauvegarde de l'intérêt général : chaque patient doit bénéficier des soins d'un médecin et pouvoir se confier à

¹⁰⁸⁶ Article 7 du code de déontologie médicale : le secret professionnel s'impose à tout médecin sauf dérogation de la loi.

¹⁰⁸⁷ Il s'agit ici d'une interprétation de deux articles, l'un lié à la probité, qui englobe le second qui exige le respect du secret professionnel. Il faut en revanche préciser que la probité n'est consacrée que dans le code de déontologie médicale français en son article 3. Comme pour démontrer son importance en la mettant en première ligne. « *Le médecin doit en toutes circonstances respecter les principes de moralité, de probité et dévouement de la médecine* ». Pour une prise en compte des exigences constitutionnelle, celle-ci doit être mentionnée dans le code de déontologie médicale béninois.

¹⁰⁸⁸ La loi pénale ne précise toutefois pas ni la liste des professions ni la nature de l'information à caractère secret, elle se contente d'en établir l'interdiction de la révélation.

¹⁰⁸⁹ Article R 4127-206 du Code de la santé publique et du Code de déontologie.

lui sans que celui-ci ne dévoile sa vie privée ou viole son intimité. Donc, la confiance ainsi que la confiance sont constitutives de la probité élément qui incite et sous-tend une l'obligation de garder le secret professionnel. Pour sa stricte observation, nous soutenons que le médecin doit s'abstenir de distinguer l'intérêt général de celui du malade. Les deux convergent vers le rétablissement de la santé requis. En d'autres termes, l'intérêt général que satisfait le professionnel de santé se définit autrement par le but légitime qu'il veut atteindre de commun accord avec le patient, qui est la sauvegarde de la santé et en dernier ressort, la vie.

Aussi, la probité est déductible de l'interdiction de commercialisation des actes médicaux que prévoit le Code déontologie médicale béninois¹⁰⁹⁰. Celle-ci évoque concrètement l'interdiction faite au médecin d'accepter tout avantage en nature du patient, en contrepartie d'un service fait. En fin, dans le cadre des urgences cette notion apparaît à travers la contrainte de porter secours à des patients dont la vie serait en danger. Le manquement à ce devoir synonyme de non-assistance à une personne en danger¹⁰⁹¹ pourrait être dû à l'établissement d'un diagnostic sciemment erroné, établissant par exemple l'absence d'une altération sérieuse du fonctionnement d'un organe vital. Ceci correspond à l'irrespect du principe de probité et peut conduire à la perte de chance d'être guéri du patient.

Ces illustrations sémantiques s'identifient en la disposition constitutionnelle selon laquelle tous les citoyens doivent s'acquitter de leur obligation professionnelle¹⁰⁹². Nous passons d'un devoir constitutionnel qu'est le respect de la probité, à une obligation constitutionnelle d'observation. Nous l'explicitons par la loyauté du médecin envers le patient¹⁰⁹³, expression d'une sincérité que nous amendons par la bonne foi. Il s'agit pour le médecin lors du choix d'un ou des patients de faire preuve de bonne foi dans l'usage de sa conscience. En d'autres, termes l'action de choisir

¹⁰⁹⁰ Article 18 du code de déontologie béninois.

¹⁰⁹¹ La non-assistance à personne en danger est l'omission de porter secours à une personne en péril. Elle est sanctionnée par l'article 223-6 du code pénal français.

¹⁰⁹² « *Tous les citoyens de la République ont le devoir de travailler pour le bien commun, de remplir toutes leurs obligations civiques et professionnelles, de s'acquitter de leurs contributions fiscales* ».

¹⁰⁹³ Cette notion est d'habitude utilisée dans le cadre l'administration entre celle-ci et son agent. Traduisant l'existence d'une relation hiérarchique, elle constitue le fondement d'un devoir de fidélité de l'administration auprès du gouvernement. Elle implique une certaine sincérité et droiture. Voir à propos DELEAGE E., « La loyauté de l'administration » *Revue générale du droit, études et réflexions* n°1, 2015. Nous en faisons usage dans le cadre spécifique du service public sanitaire pour expliquer d'avantage l'état de la moralité que doivent avoir les professionnels de santé envers les patients dans une structure d'urgence médicale.

par l'usage de la conscience, doit être exécutée sans intention de nuire à un patient¹⁰⁹⁴. Cette conception doit être doublement perçue : accomplir son devoir de soins ou de sauvegarde de la vie à l'égard du patient en face duquel il se trouve et s'assurer que ceux qu'il fait patienter ne courent aucun danger vital

B- La pratique du serment, soutien de la probité constitutionnelle en droit béninois

Support de la probité¹⁰⁹⁵, le serment n'a aucune valeur autant dans le cadre constitutionnel que dans les autres domaines régis par le droit notamment la santé ou la médecine. Il n'a pour le moment qu'un caractère complémentaire comme l'affirme Hobbes : « *le serment n'ajoute rien à l'obligation, car une convention, si elle est légitime, vous lie aux yeux de Dieu en l'absence de serment aussi bien qu'en cas de serment ; et si elle est illégitime, elle ne lie pas du tout, fût-elle confirmée par un serment* »¹⁰⁹⁶. Conjointement, les croyances religieuses et études scientifiques révèlent son insignifiance. D'un côté il paraît comme un engagement solennel devant Dieu, qui oblige, de l'autre il l'est aussi devant les hommes y compris soi-même, par sa propre conscience humaine imperceptible. Les jurisnaturalistes¹⁰⁹⁷, eux affirment qu'il s'agirait d'un engagement devant les êtres humains, dont la conséquence est le risque de subir la rigueur de leurs créations institutionnelles qui sont les lois.

Le serment s'origine dans le rapport qu'entretient la Constitution et les fonctionnaires, parmi lesquels figurent les médecins. Même s'il a de nos jours une connotation politique¹⁰⁹⁸ ou qu'il est formel, nous pouvons constater que dans le cadre français, la loi 12 thermidor an VII contraignait les membres de la fonction publique à le prêter en affirmant : « *je jure fidélité à la République et à la Constitution de l'an III*. Cette formule fut d'ailleurs modifiée par un arrêté du 7 nivôse an

¹⁰⁹⁴ Nous transposons quelques contenus de la théorie de bonne foi, qui correspond à l'absence d'une intention de nuire que déduit le juge judiciaire de l'analyse des faits et des pièces à conviction (Cass.crim. 19 février 1870. D, 74, 5, 392). Voir GRAS F., « Rappel historique de la notion de bonne foi », *LEGICOM*, n°35, 2006, p.146.

¹⁰⁹⁵ Cette simple complémentarité est relevable dans le texte du serment déontologique de la France : « Au moment d'être admis(e) à exercer la médecine, je promets et je jure d'être fidèle aux lois de l'honneur et de la probité... ». On en déduit que toute conduite médicale contrariant ces lois sus-indiquées, celle liées à la probité en l'occurrence, fonderait un parjure.

¹⁰⁹⁶ HOBBS T., *Leviathan*, chap XIV, in trad. F. Tricaud. Sirey. 1971. p.142.

¹⁰⁹⁷ GOYARD-FABRE S., « la nature et le sens du serment selon les jurisnaturalistes du XVII^e siècle », *Le serment. II théories et devenir*, Paris édition CNRS, 1992, pages 92-93.

¹⁰⁹⁸ FABRE M-H., *Le serment politique*, thèse Marseille, 1941.

VIII par : « *je promets fidélité à la Constitution* ». Nous pouvons aussi constater de nos jours par ricochet, à travers le respect d'une hiérarchie qu'une telle pratique est encore en vigueur dans des Etats d'Afrique francophones et qu'elle engage tous les fonctionnaires. Il s'agit de la prestation de serment du premier magistrat c'est-à-dire le Président de la République¹⁰⁹⁹ en Guinée, au Benin... qui engage tous les autres fonctionnaires. Explicitement, « jurer de faire respecter la Constitution » est indirectement une adresse aux fonctionnaires d'Etat et les obliger de promettre l'observation stricte de la Constitution et les lois. Autrement dit celui-ci exerçant ses fonctions tâche de faire respecter cet instrument à travers ces subalternes. Donc, le texte de la prestation de serment des médecins en constituerait en quelque sorte une spécificité. Les exigences citées dans le texte du serment¹¹⁰⁰ correspondent au respect du droit à la santé constitutionnalisées dont l'inobservation est passible de sanction.

Toutefois, une amélioration du serment doit être faite pour qu'il corresponde au fonctionnement du service public d'expression française. S'engager devant les êtres humains et leurs œuvres normatives ou organiques, c'est se délier de toute exigence de croyance donc s'inscrire dans une logique de fonctionnement laïc des services publics qui prévoient des sanctions correspondant à des forfaitures. Le serment d'Hippocrate doit donc être pourvu d'un caractère contraignant. La dernière ligne du texte qui l'expose laisse apparaître le contraire en disposant que « *Que les*

¹⁰⁹⁹ Article 35-2 dispose à ce titre « *Moi ...Président de la République élu conformément aux lois, je jure devant le peuple de Guinée et sur mon honneur de respecter et de faire respecter scrupuleusement les dispositions de la Constitution, les lois et les décisions de justice...en cas de parjure que je subisse la rigueur de la loi.* »

¹¹⁰⁰ « *Je jure par Apollon, médecin, par Esculape, par Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, les prenant à témoin que je remplirai, suivant mes forces et ma capacité, le serment et l'engagement suivant : Je mettrai mon maître de médecin au même rang que les auteurs de mes jours, je partagerai avec lui mon avoir et, le cas échéant, je pourvoirai à ses besoins; je tiendrai ses enfants pour des frères, et, s'ils désirent apprendre la médecine, je la leur enseignerai sans salaire ni engagement. Je ferai part des préceptes, des leçons orales et du reste de l'enseignement à mes fils, à ceux de mon maître et aux disciples liés par engagement et un serment suivant la loi médicale, mais à nul autre. Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant mes forces et mon jugement, et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice. « Je ne remettrai à personne du poison, si on m'en demande, ni ne prendrai l'initiative d'une pareille suggestion ; semblablement, je ne remettrai à aucune femme un pessaire abortif, je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans l'innocence et la pureté. Je ne pratiquerai pas l'opération de la taille. Dans quelque maison que j'entre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur, et surtout de la séduction des femmes et des garçons, libres ou esclaves. Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas. Si je remplis ce serment sans l'enfreindre, qu'il me soit donné de jouir heureusement de la vie et de ma profession, honoré à jamais des hommes; si je le viole et que je me parjure, puissé-je avoir un sort contraire. »*

hommes et mes confrères m'accordent leur estime si je suis fidèle à mes promesses ; que je sois déshonoré(e) et méprisé(e) si j'y manque ». Le déshonneur, le mépris, comme sanctions, ne sont point traductrices de l'importance ou du caractère fondamental de la santé, que nous pouvons succinctement expliquer par le rapport de compatibilité ou de non-contradiction avec les autres droits¹¹⁰¹. Il faut dans ce cas envisager d'y joindre des expressions contraignantes traduisant une pénalisation des manquements aux promesses. La prestation de serment est une présomption de la faillibilité du professionnel de santé qui jure de ne pas commettre une forfaiture. Il faut nécessaire de l'y adjoindre la fonction préventive ou dissuasive de la peine.

Conclusion

Nous pouvons, en somme affirmer, que les textes constitutionnels français et des Etats d'Afrique francophones gagneraient en consistance en étant pourvus des dispositions prévoyant davantage la protection de la santé des étrangers et la prévention de sa dégradation. Si les constituants y sont réticents, les juges constitutionnels doivent par leur interprétation s'y mettre. Ainsi, le juge constitutionnel français aurait pu indiquer dans sa décision liée à la maîtrise de l'immigration, que l'interdiction de l'excision qui promeut le respect de la dignité humaine et le droit à la protection de la santé, constitue l'un des motifs d'octroi du droit d'asile politique. Ceci aurait servi à mieux préciser la norme constitutionnelle, et les juridictions ordinaires, restant dans cette logique, relégueraient la référence aux conventions sous-régionales. Dans ce droit fil, au nom d'un principe d'humanité, il est impérieux la constitutionnalisation, en France ainsi que les Etats d'Afrique francophones, d'un droit de séjour bénéfique aux étrangers menacés par des évènements imprévisibles pouvant porter atteinte leur santé.

¹¹⁰¹ ROMAN D., (Dir), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, édition, Pédone, 2012.

Conclusion générale

La protection de la santé est un droit fondamental. Elle constitue le préalable ainsi que la finalité de jouissance des autres droits. L'un des moyens qui permettent d'en garantir le respect est sa constitutionnalisation et l'intervention protectrice des juges constitutionnels qui résulte d'une saisine soit a priori par les institutions ou a posteriori par les individus. Ceci constitue une mise en œuvre des instruments internationaux de protection des droits, tel que le pacte international relatif aux droits socio-économiques et culturels qui en exige des Etats une obligation négative et positive.

En Afrique francophone, c'est un véritable insuccès que nous constatons dans l'application de ces dispositifs de sauvegarde de la santé. En Guinée et au Sénégal, nous relevons quelques rares décisions du juge constitutionnel liées à la santé. Elles résultent des saisines pour le contrôle de conformité des textes internationaux telle que la Convention de l'OMS sur le tabagisme. En revanche au Benin, la particularité d'accès au juge constitutionnel (sans filtre juridictionnel) a permis de développer la protection des droits et libertés fondamentales. Nous y relevons ainsi dans la jurisprudence constitutionnelle, l'applicabilité perfectible de l'égal accès aux soins, du droit à un environnement sain, de la prohibition des traitements inhumains et dégradants.

De part et d'autre, force est de constater que ces décisions ne sont pas satisfaisantes. Elles ne présentent pas une réelle volonté protectrice des différentes Cours constitutionnelles. Leurs interprétations ne comblent pas l'inaccessibilité et l'inintelligibilité des dispositions constitutionnelles liées à la santé. Elles ne sont jamais créatrices de nouveaux principes. Donc, la nécessité d'une analyse des possibilités de booster leur fonctionnement se fait ressentir. Pour ce faire, l'option première est de se référer à la France, d'en observer l'évolution du constitutionnalisme sanitaire, discerner ses distinctions et tenter de les transposer. Mais, toutefois, ce dernier, bien qu'ayant connu un progrès depuis 1975, n'est pas exempt de critiques. Le bloc de constitutionnalité reste figé et le juge constitutionnel qui s'y réfère est aussi par moment restreint. Pourtant l'actualité sanitaire réclame son implication active, fut-elle par saisine directe ou autosaisine, en se prononçant sur certaines situations ou des actes (étrangers ou non) préjudiciables à la santé. Ceci conduit à l'amélioration des textes de références. Donc bien

que la transposition de la démarche française en Afrique francophone à travers des Etats cités soit indispensable, nous nous interrogeons aussi sur son possible réaménagement.

Cette préoccupation qui est celle de répondre à une nécessité de protection constitutionnelle de la santé en Afrique francophone, à travers son archétype, est préalablement abordée par le constat de la pertinence des éléments d'études constitutionnelles :

D'abord, sur les normes de référence constitutionnelle c'est-à-dire le bloc de constitutionnalité, force est de constater que l'expression de l'opposabilité du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics, dans ces Constitutions d'Afrique francophones est perfectible. La valeur de l'individu, titulaire et acteur de la proclamation des droits n'y est pas perceptible. La France y accorde une importance à travers l'emploi des termes « *Nations et Peuples* » qui désignent des individus unis. En détail, c'est la Nation constituée en substance d'individus qui, à travers une bataille acharnée, a obtenu la proclamation des droits, la garantie de la santé en l'occurrence. C'est donc elle qui se les accorde et non l'Etat qui constitue un dépositaire. Cette considération se trouve confortée par la jurisprudence constitutionnelle où les actes législatifs qui émanent directement des individus pris collectivement sont insusceptibles de contrôle.

Il s'agit d'une distinction remarquable pouvant être imitée et d'ailleurs particulièrement justifiée contrairement à la France, par des réalités historiques, telles que l'esclavage alimenté par des actes comme la torture, les traitements inhumains et dégradants (attentatoires à la santé), dont la prohibition fut initiée et incitée par l'individu. En d'autres termes, sont à l'origine de l'éclosion de la protection internationale des droits, conséquence de ces pratiques atroces, des personnes physiques (des individus) comme Franklin Roosevelt, Eleanor Roosevelt. Et même si les Etats semblaient plus tard s'en attribuer l'initiative, ils restent une coquille protectrice des individus (Nation) qui fondent leurs existences. « *Je n'ai jamais diné avec une personne morale (l'Etat)* » affirmait Gaston Jèze. Donc, les Constitutions d'Afrique francophone coheraient plus avec les réalités historiques, en affectant l'attribution du droit à la protection de la santé ainsi que les autres à la « *Nation* » plutôt qu'à la « *République ou à l'Etat* » qui sont de nos jours des concepts très politiques et constituent un enchevêtrement de notions qui ne présente manifestement pas l'apport individuel.

Cette imperfection du bloc de constitutionnalité des Etat d'Afrique francophones s'observe aussi dans l'expression constitutionnelle de la jouissance de la santé. Par exemple, l'emploi au Benin

du terme « accès » (à la santé), bien qu'étant important, n'est pas approprié. Sur le fondement d'une analyse sémantique notamment française, nous pouvons constater qu'il est couramment employé par les organisations non gouvernementales pour évaluer ou accroître la jouissance des droits par les personnes, généralement les plus défavorisées ou ayant un handicap. Certes la consécration semble a priori concerner tous les individus, mais en l'examinant, nous nous rendons compte qu'elle n'est réservée qu'à une catégorie d'individus. Autant pour le Bénin et tant d'autres Etats d'Afrique francophones ayant adopté cette formule, de l'aménager, en la fusionnant avec « *le droit à la protection de la santé* » qui est celle de la France et obtenir « *l'égale jouissance du droit à la protection de la santé* ».

A côté de cette imperfection, est tout aussi constatable un déficit de distinction d'accès à la santé des vulnérables, pouvant être comblé en référence à la France. Il s'agit de préciser le privilège de jouissance de ce droit par les enfants et les femmes. Ceci s'interpréterait comme une protection particulière justifiée par la fragilité : elle est accordée à des individus dont la santé est souvent exposée à des catégories de violences. L'exemple des violences qui s'infligent entre concubins ou conjoints, entre couples mariés, liés par un PACS ou séparés. Elles ont plusieurs composantes et sont pour l'organisation mondiale de la santé, « *tout acte au sein d'une relation intime qui cause un préjudice ou des souffrances physiques, psychologiques ou sexuelles aux personnes qui en font partie* ». Elles sont largement perçues par la Déclaration des Nations unies sur l'élimination de toute forme de violence à l'égard des femmes, comme « *tout acte de violence dirigé contre le sexe féminin et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques sexuelles ou psychologiques y compris la menace de tels actes, la contrainte ou privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée* ». Les principales conséquences sont la dégradation de la santé faite par des blessures, soutient l'OMS : les femmes sujettes à des violences subissent plus d'interventions chirurgicales, de consultations médicales et passent plus de temps à l'hôpital que celles qui n'en ont jamais fait l'objet (1,10%) et les répercussions sanitaires peuvent durer longtemps. Présent en compte par le législateur à travers la loi Schipa¹¹⁰², celle-ci est récemment confortée par la levée du secret médical sur les violences conjugales, lorsque pour le médecin consultant elles mettent vraiment en danger immédiat la victime. Pour sa part, le Conseil constitutionnel approuvait l'interdiction

¹¹⁰² Loi n°2018-703 du 3 août renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

de ces actes de violence en reconnaissant la subordination de la délivrance des titres de séjour qui y est faite.

Est complémentaire à cette jouissance particulière imitable, le repos qui est pour l'employé un droit et une obligation de sécurité et de résultat de l'employeur ayant pour visée, la prévention de la dégradation de l'état de santé de son employé. Son exigence est l'œuvre de la Chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁰³ qui exigeait des employeurs des mesures nécessaires ayant pour visée la protection de la santé physique et mentale des travailleurs.

Du regard croisé sur ces consécutions nous déduisons enfin deux théories liées à la préservation de l'environnement que nous transposons au logement : « l'antériorité ainsi que la continuité » dans la préservation sanitaire d'un logement. D'antériorité, il ne s'agit pas de celle qui a trait à la réparation des dommages et fondée sur le Code de construction et de l'urbanisme, mais plutôt de la responsabilité exclusive qui doit incomber à l'Etat de maintenir un logement et son entourage, dans un état favorable à la santé individuelle antérieurement à son occupation. Ce doit être pour lui une obligation positive qui doit aussi être imposée à des particuliers propriétaires d'ouvrages. C'est-à-dire qu'ils soient soumis à ce même régime juridique que l'Etat. Cette initiative sanitaire doit par contre être perpétuée par des individus, locataires. C'est-à-dire acquérant par un contrat de bail le logement, ils devront tout mettre en œuvre pour le maintenir sain afin de préserver leur propre santé et celle de leur entourage. C'est une obligation morale non assortie de sanction. Elle atténue les risques et est réductrice des dépenses annuelles destinées à la sécurité sociale, parce qu'elle prévient l'altération de la santé et préserve l'ordre public sanitaire. Il s'agit là de la « continuité » par opposition à « l'antériorité ». Elle vise essentiellement un individu de bonne foi qui se substitue en l'Etat pour assurer la pérennité de ses initiatives sanitaires. Ces deux concepts peuvent être sous-tendus par les décisions du Conseil constitutionnel qui indiquent que les droits et devoirs énoncés dans l'article 1 et 2 de la Charte de l'environnement s'imposent non seulement aux pouvoirs publics et autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes. De part et d'autre, nous donnons plus d'effet à l'exigence d'un « logement décent », c'est-à-dire un logement qui présente aucun danger pour la sécurité physique, la santé et pourvu d'équipements favorisant une vie confortable pour les locataires.

¹¹⁰³ Cassation soc. 17 février 2004, n° 01-45.889.

Sur les jurisprudences constitutionnelles liées à la santé, il est utile d'abord de réitérer l'écart de raisonnement et d'innovation des deux types de juge c'est-à-dire celui de la France et de ces Etats d'Afrique qui l'imitent. A ce propos, nous pouvons souligner dans le cadre de la protection de l'environnement, contrairement au Benin, l'institution par le juge constitutionnel français d'une responsabilité de vigilance susceptible de précisions aussi bien dans le fond que sur la forme. Création prétorienne du Conseil constitutionnel français¹¹⁰⁴, elle suppose un dévouement envers son environnement, la prévention des actes insalubres et polluants susceptibles de le dégrader. C'est la personnalisation de la mission de police administrative restreinte à la salubrité. En plus de responsabiliser le sujet de droit, l'incitant à observer les limites constitutionnelles et législatives liées à la protection de l'environnement, elle lui accorde des prérogatives de contrôle ou de surveillance d'autrui. De cette conception non précisée nous déduisons un rapport contractuel qui engage la personne physique envers ses semblables constituant une collectivité humaine. C'est dans l'informel, une obligation contractuelle de nature constitutionnelle qui consiste à protéger la santé collective contre des actes ou activités humaines nocives. Elle relève en notre sens, de la citoyenneté en ce sens qu'elle exige une double responsabilité de protection de ses propres droits et ceux d'autrui notamment par la mise en œuvre d'un mécanisme telle que la question prioritaire de constitutionnalité. Il s'agit concrètement pour les individus, seul ou en association de recourir au Conseil constitutionnel, pour dénoncer la contradiction entre une loi ou une norme de même nature et la Charte de l'environnement, élément constitutif du bloc de constitutionnalité. En illustre davantage en droit béninois, le fait pour un justiciable mettant en œuvre le mécanisme d'accès direct à la Cour constitutionnelle, d'engager un recours en inconstitutionnalité contre l'implantation d'une entreprise de production de ciment dont les activités s'avèrent polluantes et porteraient préjudice à la santé humaine. L'exécution d'une telle action ou obligation de défense d'un intérêt notamment sanitaire d'une collectivité, s'inscrit dans la logique d'une « solidarité active ». A l'inverse, toute composante de cette collectivité est aussi redevable dans de telles circonstances d'un tel agissement en vertu d'une « solidarité passive ». Cependant, toutes ces conduites ne peuvent par contre être adoptées sans l'observation de la théorie d'« obligation de bonne foi ».

Outre cet aspect, doit être rehaussé le niveau de raisonnement des juges d'Afrique francophone dans la protection de la santé contre les fléaux comme le tabagisme. Il s'agit encore une fois de

¹¹⁰⁴ Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

perfectionner autant que possible son interprétation. En Guinée, lors du contrôle de conformité d'une Convention de l'OMS contre le tabagisme, l'interprétation de la Cour laisse entrevoir des lacunes sémantiques que nous essayons de combler en instituant deux théories : interpréter d'une manière « explicative ou indéfinie ». À la première correspond la démarche juge constitutionnel guinéen qui, au lieu d'estimer que la ratification de la Convention promouvait tout simplement le « droit à la santé », voulait être explicite en le définissant par le « bien-être » des citoyens. Sauf que ce second terme, bien qu'étant approprié, devait être affiné par l'adjonction du qualificatif « mental » pour qu'il converge avec le protocole de ladite convention. Pour être plus explicite, cette norme complémentaire interdisant le commerce illicite, dans le but d'atténuer le tabagisme promouvait la « santé mentale », qui remplace le « bien-être mental » qui permet aux individus de se réaliser, de surmonter les tensions normales de la vie, d'accomplir un travail productif et de contribuer à la vie de leurs communautés. A cette conception dite illustrative, s'oppose celle du Conseil constitutionnel français qui, bien qu'étant imprécise, est aussi appréciable et préférable. Sans dénaturer il fait usage de l'expression « droit à la protection de la santé » rappelant qu'il constitue un droit et objectif à atteindre, devant être concilié avec d'autres droits et libertés. C'est ainsi que dans sa première décision relative au tabagisme ce juge constitutionnel français en reconnaissant la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre sur le fondement de la déclaration française des droits de l'homme de 1789, observait que sa jouissance doit être respectueuse du droit à la protection de la santé.

Clôturent enfin ces perceptions constructives, des perspectives résultant tant de l'analyse croisées des blocs de constitutionnalité que des décisions des juges constitutionnels qui s'y réfèrent : Revoir la double perception des normes de référence constitutionnelle française en rapport à la décision « liberté d'association ». D'après la pratique jurisprudentielle, le préambule, n'eut été cette intervention historique du juge constitutionnel, ne serait jamais considéré comme une partie intégrante du bloc de constitutionnalité. Ce qui reste pourtant contradictoire eu égard à plusieurs notions, notamment le positivisme juridique. Ce concept qui s'oppose au droit naturel, soutient l'estimation globale ou sans distinction, de toutes les institutions (mécanisme et règles) c'est-à-dire la Constitution, les législations, les juridictions et autres... Cette estimation du préambule s'explique tout d'abord par la valeur des droits fondamentaux qui le contiennent, la santé en l'occurrence. Ensuite, ni l'histoire constitutionnelle, ni les travaux préparatoires qui demeurent une source d'interprétation du juge constitutionnel français ne précisent que la prise en compte

du préambule doit résulter d'une décision jurisprudentielle. Enfin, autant que la Constitution *stricto sensu*, le préambule découle d'une même procédure constitutionnelle irréfutable qui est le référendum.

Eu égard à cette réalité, nous considérons que même sans avis du juge constitutionnel qui n'était alors pas créé, le préambule de la Constitution guinéenne de 1958 en substance constitué de la déclaration universelle des droits de l'homme avait un caractère constitutionnel. Nous nous permettons d'en déduire l'institution d'un constitutionnalisme universel protecteur de la santé. Texte supposé constitutionnel par nos analyses, la déclaration universelle des droits de l'homme interprétée en combinaison avec tant d'autres instruments internationaux permet de réprimer la pratique de l'excision pouvant être indument fondée sur une disposition qu'elle consacre. Il s'agit en réalité d'une réglementation de l'usage du droit culturel dans les limites du respect des droits de l'homme internationalement protégés telle que la santé. La Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle, consacrant des droits culturels en dispose que « *nul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée* ». Elle insinue qu'aucun individu ou qu'aucune collectivité ne doit s'appuyer sur la consécration faite par cette Déclaration pour exercer une culture attentatoire aux droits internationalement garantis par les textes internationaux, qu'est principalement la santé. En d'autres termes, la culture des groupes ou des minorités ne doit être nuisible à la santé. Cette perception liée au respect du droit à la santé est indirectement faite par Faes HUBERT analysant cette même Déclaration. Les cultures que consacre le texte doivent être une ou des attitudes humaines profitables à toute l'humanité. Ce caractère humain écarte toute conduite d'une particularité nocive qu'adoptent des communautés. Il s'agit là en d'autres termes, d'une exclusivité culturelle de laquelle ne peut se réclamer toute l'humanité par son caractère nocif. En cela nous pouvons comprendre le but et le sens de la diversité culturelle qu'expose cette Déclaration. Dans cette même logique, le Comité onusien des droits de l'homme dans un observatoire, se référant à cet alinéa et au paragraphe 5 de la Déclaration de Vienne, a tenu à préciser les limites de prendre part à une vie culturelle. Il indiquait encore une fois qu'il n'est pas loisible d'user du droit culturel pour réaliser des pratiques néfastes d'une particularité régionale. C'est ainsi qu'il recommandait que les politiques sociales, économiques et culturelles d'un Etat doivent assurer et admettre les droits culturels dans le strict respect des droits garantis par les instruments internationaux.

Ce constitutionnalisme universel, se veut fondement d'un attribut individuel du droit à la garantie de la santé qu'est la liberté de procréer sainement résultant de l'analyse de l'égalité universelle. Perçue en concordance avec la déclaration française de 1789, la Déclaration universelle des droits de l'homme par la consécration de « *l'égalité des êtres humain en droit et en dignité* », engendre la double volonté féminine permettant d'une part, de consentir, de s'associer à un autre individu, sujet de droit et de l'autre, d'accepter de procréer avec lui. En d'autres termes, la liberté de mariage qui peut avoir pour fondement l'égalité de droit (droit de consentir à s'associer), ne fait pas celle de procréer un acquis. Cette dernière est aussi la conséquence de la jouissance de cette même égalité qui doit être manifestée.

En supplément de cette piste de réflexion des théories déductibles de l'analyse de deux décisions restreintes des juges constitutionnels français et béninois sont envisageables : la première, est la considération de l'excision comme l'une des mœurs préjudiciables à la santé et un fondement du droit d'asile constitutionnel. Ceci découle concrètement de la jouissance d'une liberté déductible du refus de se soumettre à cette pratique dégradante et par conséquent pernicieuse. Le Conseil constitutionnel français aurait pu, par auto-saisine indirecte, le relever dans sa décision relative à la maîtrise de l'immigration¹¹⁰⁵. Nous soutenons que dans le cadre de la maîtrise de l'immigration, le droit à la protection sanitaire sert doublement de fondement d'octroi de l'asile pour échapper à l'excision et remédier à ses effets. D'abord en amont, ce qui n'est envisagé que par des textes conventionnels, d'où la présente perspective de constitutionnalisation, mais aussi en aval : autant l'étranger doit bénéficier de la protection de l'Etat français donc du droit à l'asile politique, quand des menaces attentatoires à la santé lui sont faites, il en a le droit lorsque que ces menaces sont mises en exécution et quelles ont eu pour effet des dommages corporels. Il s'agit pour lui, dans ce second cas de figure, d'être admis sur les territoires de la République Française pour la réparation de l'appareil génital endommagé par l'excision provoquant ainsi de vives douleurs. Sous-tendue par l'efficace de la politique de l'immigration fondée sur la protection sanitaire, cette intervention médicale prise en charge par la sécurité sociale est par conséquent l'argument par excellence ouvrant droit à l'asile (constitutionnel) sur le territoire de la République française. Ainsi, toute mineure sur laquelle cette pratique dégradante est déjà réalisée de force, et qui a eue sur elle de tels effets, pourrait demander l'asile politique pour des raisons

¹¹⁰⁵ Décision n°93-325 DC du 13 août 1993. La loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et séjour des étrangers en France.

sanitaires. Si dans des pays d'Afrique francophone comme le Sénégal, il y a des médecins assermentés pouvant remédier à tout dommage vaginal, dans d'autres comme la Guinée qui peine à éradiquer des épidémies, les chances sont minimes. Et si l'excision y est pratiquée sur 97% des filles, il est fort probable que la moitié ait l'appareil génital endommagé. Ces raisons qui ne sont cependant considérées qu'avec l'implication des médecins certifiant la dégradation sanitaire, autant dans le pays d'origine qu'en France, ce qui renforce cette procédure d'admission d'un étranger sur le territoire afin de bénéficier des soins qu'il n'a pas dans son pays d'origine.

Cette précision permettrait d'atténuer la référence régulière aux textes internationaux telle que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et celle de Genève de 1951, en renforçant « l'autocréativité » de l'Etat. Elle comble aussi un vide constitutionnel : aucune des dispositions constitutionnelles françaises ne consacre l'excision comme fondement d'octroi de l'asile. Même si d'autres expressions semblent implicitement l'y indiquer, elles restent obscures sous réserve de recourir à une interprétation. « *Tout persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République* », « *les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif* ». Il s'agit respectivement de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 53-1 de la Constitution. Il consacre l'asile politique qui accorde au citoyen le droit de séjourner en France en tenant compte des menaces en cours qui pèsent sur lui dans son Etat d'origine. Ces menaces sont exclusivement liées à la liberté et l'asile qui en découle n'est accordé qu'aux personnes persécutées pour son exercice. L'expression « autre motif » constitue à notre sens une extension ou même une dérogation dans laquelle nous identifions l'octroi de l'asile politique pour la menace d'être mutilé ou excisé. Mais elle reste inaccessible sans intervention constitutionnelle.

La seconde est l'institution constitutionnelle de l'urgence sanitaire. L'essence est, dans l'optique de justifier des discriminations d'accès à la santé dans les locaux des urgences médicales, la création sur le fondement des dispositions constitutionnelles, de la liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste bornée par des critères d'âge, de pathologie...etc. Cette liberté est différente de celle d'objecter, c'est-à-dire exprimer son désaccord sur l'exécution de telle ou telle tâche en se basant sur des convictions personnelles. Elle, constitue une faculté de choix favorables aux patients. Son usage est fondé sur le serment qui, même n'ayant pas de valeur juridique, a des

enracinements constitutionnels lointains, autant en France que dans des Etats d'Afrique francophones.

En définitive, cette étude qui prône un constant mimétisme du droit constitutionnel français est confrontée à l'incompatibilité des réalités politiques évolutives. Les structures administratives ou institutions des Etats d'Afrique francophones ont un fonctionnement similaire à celles faites en France, alors qu'elles ont des réalités sociopolitiques différentes. Nous nous interrogeons alors sur le choix permanent d'un droit français, en démontrer l'efficacité à travers la garantie des droits notamment la protection de la santé et la mise en œuvre d'une politique Etatique uniquement française ou l'institution d'un droit africain à l'instar du modèle béninois (l'accès au juge constitutionnel sans filtre juridictionnel par exemple) en établir l'opportunité et la pertinence ?

Ces recherches nous auront de part et d'autre, procuré une grande capacité de réflexion et de propositions. Elles nous permettront de faire à l'avenir à une réglementation en considération des dispositions constitutionnelles liées à la jouissance de la santé, du fonctionnement des structures sanitaires et à l'institution si nécessaire de nouvelles responsabilités ou avantages professionnels pouvant être fondés sur des principes constitutionnels.

Bibliographie

Ouvrages généraux et spécifiques

- 1- ATIAS C., *Épistémologie juridique*, Paris, Précis, Dalloz, 2002
- 2- AUBY J.-M., *Le droit de la santé*, Paris, Thémis, PUF, 198.
- 3- AARNIO A., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, édition LGDJ, 1993
- 4- AUDIBERT M., KONDJI KONDJI D., *Le développement sanitaire en Afrique francophone : Enjeux et perspectives post-2015* (études africaines), Paris, édition harmattan, 2015.
- 5- Aristote, *De l'âme*, Paris, Belles lettres, 1966.
- 6- BARANES W., FRISON-ROCHE, *le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, Recueil Dalloz, 2000.
- 7- BINET J.-R., *Droit médical*, Paris, Cours, Montchrestien, Lextenso, 2010.
- 8- BADIE B., *L'Etat importé, l'occidentalisation e l'ordre politique*, Paris, édition Fayard, 1992.
- 9- BIOY X., *Droit fondamentaux et libertés publiques*, Paris, édition Lextenso 2017.
- 10- BORRELA F., *Elément de droit constitutionnel*, presse de Science Po, 2008.
- 11- BIZRD F., *Complémentaire santé, le scandale*, Paris, édition Dunod, 2016.
- 12- BERTRAND-BIRKOVIC A., *La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*, édition presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003.

- 13- BECK R., *Histoire du dimanche, de 1700 jusqu'à nos jours*, Paris, les éditions de l'atelier, 1997.
- 14- BANRANGER. D, *Le droit constitutionnel*, Paris, édition PUF, 2017.
- 15- BEAUD O., *La puissance de l'Etat*, Paris, presse universitaire de France, 1994.
- 16- BROSSET E., *Cours de droit de l'Union européenne de la santé*, Master 2 droit privé et public de la santé, Aix-Marseille III, 2009-2010.
- 17- CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013.
- 18- CLÉMENT J.-M., *Les grands principes du droit de la santé*, Bordeaux, LEH, 2005.
- 19- Capitant H., *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, Dalloz-Sirey, 1977.
- 20- CAHEN F., *Gouverner les mœurs. Lutte contre l'avortement en France 1890-1950*, Paris édition études et enquêtes historiques, 2016.
- 21- CAPITANT H., TERRE F., *Les grands Arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 12^{ème} édition 2007.
- 22- CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Cours, Dalloz, 2013.
- 23- CANIVET G., *La motivation des décisions du conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013.
- 24- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, Paris, PUF, 1987, p.618.
- 25- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Dicos poche, Quadrige, PUF, 2007.
- 26- DELGA S., *Santé internationale*, Paris, édition presse universitaire de science po, 2011.

- 27- DE KERVASDOUE J., *Les prêcheurs de l'apocalypse, pour en finir avec les délires écologiques et sanitaires*, Paris édition la hachette, 2007.
- 28- DESMONS E., *Figure de la citoyenneté*, Paris, Harmattan, édition 2006.
- 29- DIERKENS R., *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Masson, Paris, 1966.
- 30- DENOIX DE SAINT MARC R., *Etat*, Paris, édition PUF, 2016
- 31- DECIMA. O, KHEIREDDINE D., *La qualification dans le procès pénal*, Paris, édition Cujas 2013.
- 32- DURKHEIM E., *sociologie et philosophie*, Paris, édition PUF, 1963
- 33- DE FORGES J., *Droit de la santé*, Paris édition presse universitaire de France, 2012.
- 34- DUBOIS J-P., *Qui gouverne le monde*, Paris, édition la découverte, 2018.
- 35- ESMEIN. A, *éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, édition 2001
- 36- ECHAUDEMAISON C-D., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Paris, Nathan, 1993.
- 37- FOURNET F., YONGSI, N-B., MEUNIER-NIKIEMA A, &alii, *Regard sur la terre*, Paris presse de Science Po, 2010.
- 38- FABRE M-H., *Le serment politique*, thèse Marseille, 1941.
- 39- FAVOREU L., GAIA. P &alii *Droit constitutionnel*, Paris, édition Dalloz, 2016.
- 40- FABRE-MAGNAN M., *Introduction au droit*, Paris, presse universitaire de France, 2018.
- 41- FRANÇOIS G., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris LGDJ, 1919.

- 42- FORSE M., LANGLOIS S., *Sociologie du bien-être*, Paris, édition 2014.
- 43- FAVOREU L., *Les Cours suprêmes en Afrique-Tome 2*, Paris, Economica, 1989.
- 44- GAIA P., MELIN-SOUCRAMANIEN F., &alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, édition Dalloz, 2013.
- 45- GOLTZBERG S., *les sources du droit*, Paris, presse universitaire de France, 2018.
- 46- GAIA P., GHEVONTIAN F., &alii *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 18^{ème} édition 2015.
- 47- GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Thèse Droit, Université d'Aix-Marseille, 2001.
- 48- GUGLIELMI G-J., *la communication numérique, un droit, des droits*, éditions Panthéon Assas, 2012.
- 49- GUINCHARD S., *Lexique des termes juridiques*, Paris, édition Dalloz, 2018-2019.
- 50- GOYARD-FABRE S., *Le serment. II théories et devenir*, Paris, édition CNRS, 1992.
- 51- GENIDEC P., *L'Etat, évolution, fédéralisme, centralisation et décentralisation*, Paris, LGDJ, 2010.
- 52- HERACLES A., BALGUY-GALLOIS A., DE LA HOUGUE C., &alli, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques, commentaire article par article*, dir DECAUX E., Paris, édition, Economica, 2011.
- 53- HOBBS T., *Leviathan*, chap XIV, in trad. F. Tricaud. Sirey. 1971.

- 54- HERRERA C-M., *Figure de l'Etat de droit. Le Rechassât dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, Presse universitaire de Strasbourg, 2001.
- 55- HENNETTE-VAUCHEZ S., *Le droit de la bioéthique*, Paris, édition la découverte, 2009.
- 56- JESTAZ P., *Le droit, la connaissance du droit*, Paris, édition Dalloz, 2018.
- 57- KECK F., *Emergence de maladies infectieuses. Risque et enjeux de société*, Versailles, Edition Quae, 2016.
- 58- KOUSSI M., *Dépigmentation et crise identitaire en Afrique noire*, Paris, édition connaissances et savoir, 2016.
- 59- LEVINET M., *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, édition presse universitaire de France, 2010.
- 60- LOCKE J., *Traité du gouvernement traitement du gouvernement civil* édition paris 1992.
- 61- LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, Paris, presse universitaire de France, 2012.
- 62- LOCHAK D., *Les droits de l'homme*, Paris, édition, la découverte, 2011.
- 63- LEBRETON G., *Droit administratif général*, Paris, édition Dalloz, 2015.
- 64- LANCELOT A., *L'abstentionnisme électoral en France*, Paris, édition Presse de sciences Po, 1968.
- 65- MAGNINY V., *Les réfugiés de l'environnement hypothèse juridique à propos d'une menace écologique*, thèse de droit, université de droit Paris, Panthéon Sorbonne, 1999.

- 66- MAZABRAUD B., *De la juridicité*, Renne, édition presse universitaire de renne, 2017.
- 67- MALBERG D-C., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, Sirey, 1920
- 68- MATHIEU J., *La défense internationale des droits de l'homme*, Paris, presse universitaire de France, édition 1997.
- 69- MURIEL F., *Introduction au droit*, Paris, Presse universitaire de France « Que sais-je ? » 2016.
- 70- MORANGE J., *Les libertés publiques*, Paris, édition, PUF, 2015.
- 71- MBORANTSUO M-M., *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007.
- 72- MOUKOKO H., *L'ONU et la promotion des droits de l'homme en Afrique : cas de l'Afrique subsaharienne*, thèse de droit, soutenue à l'université CAEN-NORMANDIE, 2016.
- 73- MEDERNE F., *Les institutions constitutionnelles d'Afrique francophone et la République malgache-Economica-Paris-1979*.
- 74- MURRAY ROTHBARD N., *Renouer avec la liberté*, Paris édition, 2014.
- 75- OUGUERGOUZ F., *Charte africaine des droits de l'homme et du peuple, approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Genève, Edition Graduate Institute publication, 1993.
- 76- POLIN R., *La République entre démocratie sociale et démocratie aristocratique*, Paris, édition presse universitaire, 1997.
- 77- Picard E., *L'émergence des droits fondamentaux en France*, Paris, édition AJDA, 1998.
- 78- PETIT B., *Introduction générale au droit*, édition Presse universitaire de Grenoble, 2016.

- 79- PÉDROT P., (Dir.), *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Paris, Dictionnaires de droit, Ellipses, 2006.
- 80- ROUXEL S., PETIT B., *Droit des personnes*, Grenoble, édition presse universitaire de Grenoble.
- 81- ROUSSILLON H., ESPLUGAS P., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, édition 2015.
- 82- ROMAN D., *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, édition, Pédone, 2012.
- 83- SURDE F., *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, édition Anthémis, 2014
- 84- TROPER M., *Droit et nécessité*, Paris, édition presse universitaire de France, 2011.
- 85- TERRE F., FENOUILLET D., *Les personnes, les familles, les incapacités*, Dalloz, 7e édition, 2005.
- 86- TROPER M., *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruylant, 1992.
- 87- TARQUINIO C., FISCHER G., *Les concepts fondamentaux de la psychologie de la santé*, Paris, édition DUNOD, 2014.
- 88- Vidal-Naquet A., *Les garanties légales d'exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Paris édition Panthéon-Assas, 2007
- 89- YACOUB J., *Réécrire la déclaration des droits de l'homme*, Paris, édition, Desclée de Brouwer, 2008.

Articles

- 1- ARMAND G., « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, n° 65, 2006, p.37.
- 2- AVIO F J., « La Cour constitutionnelle du Benin » *Revue français de droit constitutionnel*, N°99, 2014, pages 45-50.
- 3- AUDUBERT V., « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *Revue du centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux*, n°18, 2020, p.2.
- 4- ARDANT PH., « Les constitutions et les libertés » *Pouvoirs* n° 84, 1998, p.61.
- 5- BOURGI A., « évolution du constitutionnalisme en Afrique entre formalisme et effectivité », *Revue française de droit constitutionnel* n°52, 2002, pages 721-748.
- 6- BRUGNION F., « Le Comité internationale de Croix-Rouge et la protection des victimes de guerre » *in Revue Internationale de la Croix-Rouge*, n°775, Février 2005, P.11.
- 7- BOURDILLON F., « Editorial sur l'état de santé des populations migrantes en France », *Bull EpidemiolHebd*, 2017, pages 374-381.
- 8- BETTATI M., « L'ONU et l'action humanitaire », *Politique étrangère*, Vol 58 n°3 1993, p.645.
- 9- BERTRAND G., « Deux critiques de consentement raison politique », *Raison politique*, N°46 2012, p.70.
- 10- BRAS P., « La liberté des tarifs médicaux : la victoire des médecins spécialistes », *Tribune de la santé*, vol 3, n°48, 2015, p.65.

- 11- BERTRAND B., « L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Etude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la Vème République », *RDP*, Octobre 2010, p10.
- 12- BOUCKENAERE D., « la douleur chronique et la relation médecin-malade », *Cahier de psychologie clinique*, n°28, 2007, pages 169.
- 13- BATIFOULIER P., « Prix, marché, liberté tarifaire en médecine », *Journal d'économie médicale*, n°5, Vol 29, 2011, pages 204-215.
- 14- BARBARA F., « La vulnérabilité de la victime : de la fragilité physique ou psychique à la dépendance économique », *Revue justice Actualité*, n°7, 2013, p.194.
- 15- BERTHOU K., « Discrimination au travail panorama du droit international et du droit communautaire », *Informations sociales*, n°148,2008, pages 46-57 ;
- 16- BYK C., « la place du droit à la protection du droit à la santé au regard du droit constitutionnel français » *Revue générale de droit*, n°2, vol 31, p.348.
- 17- BOTTINI F., « La promulgation des lois parlementaires », *Revue française de droit constitutionnel* n°76, 2008, pages 761-784.
- 18- BOUILLOT P., « L'absence de considération du droit à l'alimentation dans la construction du droit du droit de l'alimentation », *Droit et société* N°101, Vol 1, 2019, pages 53-54.
- 19- BROCHU S., LAFORTUNE D., et POULLOT P., « santé mentale, alcool, drogues et violence. Adaptation du modèle tripartite de Goldstein » *Psychotropes* n° 14, 2008, pages 157-178.
- 20- BENETTI. J, « la saisine parlementaire (au titre de l'article 61 de la Constitution) » *les nouveau cahiers du Conseil constitutionnel*, N°38, 2013

- 21- BOTTINI F., « la promulgation des lois parlementaires » *Revue française de droit constitutionnel* N°76, 2008, p.45.
- 22- BERTRAND M., « Principe de sécurité juridique », *Cahier du Conseil constitutionnel* n°11, 2001, p.14.
- 23- BOUDOU G., « Autopsie de la décision du conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *Revue française de droit constitutionnel*, n°97, pages 5-120.
- 24- BORGETTO M., « La santé dans l'histoire constitutionnelle française », *RDSS*, 2013, p.9.
- 25- BOURGAULT-COUDEVYLLE D., « L'interruption volontaire de grossesse en 2011. Réflexion sur un acte médical aux implications controversées », *Revue française des affaires sociales*, n°1,2011, p.32.
- 26- BRETONNEAU A., « Incompétence négative faux ami du juge administratif ? », *Nouveau cahier du Conseil constitutionnel*, N° 46, 2015, pages 21-23.
- 27- CHABROT C., « Ceci n'est pas une cinquième république », *Revue française de droit constitutionnel*, n°82, 2010, p.259.
- 28- CHAIGEAU A., « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », *Revue international de droit économique*, n°3, vol XXVII, 2014, pages 335-350.
- 29- CHAMBAUD D., « L'accès aux soins : éléments de cadrage », *EN 3S-école nationale supérieure de la sécurité sociale*, n°53, 2018, p.24.
- 30- CANETTI C., CATINAUD C., « Manager l'urgence », *Le journal de l'école de paris du management*, n° 108, 2014, pages 34-42.
- 31- CHAPPUIS F., GETAZ L., WOLFF H., &alli, « Maladie tropicales persistantes chez les migrants », *Revue médicale de suisse* Vol 10, 2014, pages 827-832.

- 32- CARNILLOT P., « Problématisation de la santé », *Revue française de psychosomatique*, 2009, n°36, p.108.
- 33- CRESSON. G, «la confiance dans la relation médecin-patient » *Presse de l'EHESP/ Recherche, santé, social*, 2000, p.89.
- 34- CHAMPEIL-DESPLATS V., « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? », *La Revue des droits de l'homme*, novembre 2020, p.24.
- 35- COQUERY-VIDROVITCH. C, « les africains et la colonisation » *l'Afrique noire de 1800 à nos*, 2005.
- 36- CHEVALIER J., « Droit et Etat » *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°02, vol 17, 1986, p.5.
- 37- COHEN D., « Le juge gardien des libertés ?», *Pouvoir*, n°130, vol 1, pages 113-125.
- 38- DRAGUO G., « droit à la santé : un droit constitutionnel effectif ? » *Revue juridique de l'Ouest*, n°spécial 2015, p.23.
- 39- DE BEHCILLON D., « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°49, octobre 2015, p.7.
- 40- D'ABREU DALLARI D., « Citoyenneté et droit de participation », *Le sujet dans la cité*, n°3 2012, P.67.
- 41- DIANE R., « l'opposabilité des droits sociaux » *informations sociales*, N°178, 2013, p.37.
- 42- DELEAGE E., « La loyauté de l'administration », *Revue générale du droit, études et réflexions* n°1, 2015, p.24.
- 43- DE MONTALIVET P., « Les objectifs de valeurs constitutionnelles » *Cahier du conseil constitutionnel* n°20, 2006

- 44- DUFFY-MEUNIER A., « Pédagogie et interprétation du juge constitutionnel », *Presse de l'université Toulouse I capitole*, pages 185-211.
- 45- DE GAUDUSSON J., « mimétisme poste colonial et après ? », *Pouvoir*, n°129, 2009, pages 45-55.
- 46- DE GAUDUSSON J., « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques-point de repère et interrogations », *Trente ans-Afrique contemporaine*- numéro spécial-4 trim. 1992, pages 23-44.
- 47- De GOUVILLE P., « Le principe de nécessité en droit en droit pénal » *les cahiers de la justice*, n°3, 2014, p. 497.
- 48- DELMAS M., « Au cœur de l'urgence. Témoignage », *Empan*, n° 85, 2012, p.167.
- 49- DALEIDA N., « L'opinion publique » *Hermès, la Revue*, n°70, 2014, pages 88-92.
- 50- DOSSO K., « Les pratiques constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone : cohérence et incohérence », *Revue française de droit constitutionnel* n°90 2012, pages 57-87.
- 51- DANIELE L., « le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? » *Revue Pouvoir*, n°13, 1990, pages 41-54.
- 52- FRISON-ROCHE M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », *LPA*, 3 juin 2002, n° 110, p. 4.
- 53- FOUQUET O., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt », *Nouveau cahier du constitutionnel*, n°33 2011, p.10 ;
- 54- FAVOREU. L., « le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel », *mélanges EISENMANN, CUJAS*, 1975

- 55- FAVOREU L., « La Décision de constitutionnalité », *Revue internationale de droit comparé*, n°620, p.620.
- 56- FERRARES E., BOEHRINGER S., « Féminisme et vulnérabilité » *Harmattan, cahier du genre*, n°58, 2015, pages 5-6.
- 57- FELDAM J-P., « Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? la dignité humaine et la *personne* », *Droit*, n°48, Vol 2, 2008, pages 87-108.
- 58- FONTAINE L., « Préface », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant / Némésis, coll. « Droit et justice », n° 88, Bruxelles, 2009, p.14.
- 59- FASSIN D., « Quand le corps fait la loi. La raison humanitaire dans la procédure de régularisation des étrangers. Les principes de justice de l'expertise médicale », *Sciences sociales et santé*, n°4, 2001, p.14.
- 60- FAVOREU. L, « la Décision de constitutionnalité » *Revue internationale de droit comparé*, n°620
- 61- FABRE-MAGNAN M., et MARGUENAUD J., « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, n°48, 2008, p.17.
- 62- FAYOL-NOITERRE J., « Rubrique- L'intime conviction, fondement de l'acte de juger », *Informations sociales*, 2005, pages 46-47.
- 63- FRION J., « Autonomie de la volonté du malade et obligation de soins du médecin », *Revue juridique de l'Ouest*, n° 2002, p.77.
- 64- FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, n° 7, p. 614.
- 65- GEORGE V., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme » *Pouvoir* n°13, p.14.

- 66- GALLETTI F., « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? Propos sur l'incompétence négative du législateur dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *Revue française du droit constitutionnel*, n°58, 2004, p.64.
- 67- GENTILE S., SAMBUC R., &alii « Attitude et comportement des usagers face à une urgence réelle ou ressentie », *Santé publique* n° 16, 2004, p.65.
- 68- GUILLOD O., SPRUMONT D., « Le droit à la santé : un droit en émergence », *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François AUBERT*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 337.
- 69- GERVIER P., « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public » *nouveau cahier du Conseil constitutionnel*, n°45, 2014, pages 105-120.
- 70- Gay L., « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières » ? *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°45, Vol 4, p.40.
- 71- GNAMOU D., « la Cour constitutionnelle du Benin en fait trop ? » *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, N°7, 2013, pages 23-44.
- 72- GRAS F., « Rappel historique de la notion de bonne foi », *LEGICOM*, n°35, 2006, 146.
- 73- GAMPEAU D., FOURNIER P., MANTOURA P., « Maladies sexuellement transmissibles, sida et prostitution : une étude de cas en Guinée-Conakry », *Santé publique*, N° 2, Vol 15, 2003, pages 223-233.
- 74- Gay L., « L'affirmation d'un droit aux soins du mineur étranger. Ou l'inconventionnalité partielle d'une loi jugée conforme à la Constitution.

- A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 juin 2006, Association Aides et autres », *RDSS*, 2006
- 75- GAUDUSSON J., « mimétisme poste colonial et après ? », *Pouvoir*, n°129, 2009, p.19.
- 76- GUY R., « Culture, civilisation et idéologie », *Introduction à la sociologie générale*, Montréal, édition Hurtubise HMH Ltée, 1993, pages 101-127.
- 77- GERMAIN D., « Le consentement des mineurs victimes d'infraction sexuelle », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* n°4, 2011, p.819.
- 78- GILLES D., « From de substantial justice to the jurisprudence determined : le droit naturel dans les mains des juges de common law. XVIII ème –XIX ème siècle » *un dialogue juridico-politique : le droit naturel, le législateur et le juge*, AIX-Marseille, presse universitaire, 2010, pages 305-337.
- 79- GOESEL-LE BIHAN V., « Contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel », *Cahier du conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007, pages 35-40.
- 80- GOESEL-LE BILAN V., « A quoi sert le contrôle de l'adéquation dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel ? », *Revue française de droit constitutionnel*, N°109, Vol 1, p.89.
- 81- GRUNDLER T., « le juge et le droit à la protection de la santé », *Revue de droit sanitaire et social*, Sirey, Dalloz, 2010, p.34.
- 82- HUGLO C., « La QPC, quelle utilisation en droit de l'environnement », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°43, 2014, p.58.

- 83- HERVIEU N., « Politique de priorisation, ordre de traitement des requêtes (article 41 règlement CEDH) », *Revue des droits de l'homme, centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux*, 2010, p.1.
- 84- HUBERT F., « Droit de l'homme et droit culturel », *Institut catholique de paris, transversalité*, n°108, 2008, p.88.
- 85- HERBAMAS. J., « de la légitimation par les droits de l'homme », *Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, n°1, voll, 1999, pages 1-35.
- 86- HARMATHY A., « Droit civil-Droit constitutionnel », *Revue international de droit comparé*, n°50-1, 1998, pages 45-66.
- 87- HEIN. H., « La résilience des systèmes de santé : Enjeux de la COVID 19 en Afrique subsaharienne » *santé publique*, n°2, Vol 32, pages 145-147.
- 88- ISRAËL J-J., « Le droit au développement », *R.G.D.I.P.* 1938, p.33.
- 89- ISRAEL L., « Qu'est-ce qu'avoir le droit ? Des mobilisations en perspective sociologique », *Sujet de la cité*, n°3, 2012, pages 34-35.
- 90- JONGE. De E., « la Déclaration universelle comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique, argumentation et analyse du discours », *Revue électronique du groupe ADARR*, n°4, 2010
- 91- JEULAND E., « Réforme de la Cour de cassation. Une approche utilitaire du contrôle de la proportionnalité », *J.C.P.G. supplément au n°1-2*, 2016, p.20.
- 92- JACQUE J-P., « Droit à une bonne administration dans la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne », *Revue française d'administration publique*, n°137-138, vol 1-2, 2011, p.80.
- 93- JACQUEMET N., « discrimination au travail, qu'elle ampleur, qu'elle solution ? » *Regard croisé sur l'économie*, n°13, 2013, pages 49-63.

- 94- KRAUS D., SCHMIDT A., « Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international », *RSDS*, 2006, n° 2, p. 91.
- 95- KRAUS D., SCHMIDT A., « Le « droit à la santé » : quelques considérations de droit constitutionnel suisse à la lumière du droit international », *RSDS*, 2006, n° 2, p. 91.
- 96- KERDOUN A., « Droit au développement en tant que droit de l'homme : portée et limite » *Revue québécoise de droit international* n°1, Vol 27, p.80.s
- 97- KERLAGUEN F., « le consentement à l'acte médical » *Revue juridique de l'Ouest*, n°1, 1999, p.33.
- 98- KEMPF A., « le management de l'urgence, urgence du management » *Revue française d'éthique appliquée*, n°3, 2017, p.6.
- 99- LOCHAK D., « Le juge constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoir, Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°13, 1991, pages 20-26.
- 100- LOCHEN V., « Santé publique et intervention sociale », *Comprendre les politiques sociales*, 2003, pages 387-418.
- 101- LESSELIER C., « Sexe de l'intimité au travail sexuel, ou prostituer est-il un droit humain ? », *Nouvelles questions féministes*, N°2, Vol 21, 2002, pages 137-146.
- 102- LAUDE A., « Droit à l'information du malade, » *les tribunes de la santé*, n°9, 2005, pages 43-51.
- 103- LAMBOY B., « Soutenir la parentalité : pourquoi et comment ? Les différentes approches pour un même concept », *Devenir*, N°21, 2009, pages 32-34.

- 104- LAFERRIERE. E, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Bergers-levraut et Cie, 1888
- 105- LOCHAK D., « l'universalité des droits de l'homme, une évidence ou une mystification ? » *Les droits et paradoxe de l'universalité* 2010, p.54.
- 106- LE VAN C., « La grossesse à l'adolescence : un acte socialement déviant » ? *Revue trimestrielle de psychanalyse, de psychologie et science humaines*, n° 55, 2006, pages 225-234.
- 107- LEUPRECHT P., « Droits individuels et droits collectifs dans la perspective du droit au développement », *Dans Droits de l'homme et droit au développement*, Louvain-la-Neuve, université Catholique de Louvain, Centre des droits de l'homme, Silvio Marcus Helmans, 1989, p.10.
- 108- LOVAT B., DUHANT D., ANCELO L., « Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique : coexistence ou substitution dans l'accès au droit » *Revue française d'économie*, n°4, vol XXVII, p.28.
- 109- LEVADE A., « La révision du 23 juillet 2008, temps et contretemps », *Revue française de droit constitutionnel*, N°78, 2009, p.61.
- 110- LARONDE-CLERAC C., « Droit pénal de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n°4, 2014, p.655.
- 111- LEMAITRE A-J., « La chalogais et l'Etat, question sur le despotisme et l'absolutisme éclairé » *Parlement [s]*, *Revue d'histoire politique*, n°15, 2011, pages 75-91.
- 112- LUCHAIRE. F, « la décision du 16 juillet 1971 », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°7, 1993
- 113- LEMAIRE F, « la libre détermination des peuples, la vision d'un constitutionnaliste » *CIVITAS EUROPA*, n°32, 2014, p.56.

- 114- LE POURHIET A., « Définir la démocratie », *Revue française de droit constitutionnel* N°87, 2011, p.454.
- 115- MAZEAUD. V, « la constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », *nouveau cahier du conseil constitutionnel*, n°48 2015
- 116- MAZZEGA P., CURNIL C., « Réflexion sur la protection juridique des réfugiés écologique », *Revue européenne des migrations internationales*, n° 2,2007, pages 7-34.
- 117- MAZEAUD P., « Liberté et ordre public », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel*, 2003, pages 7-20.
- 118- MASMOUDI. W-H, « Statut des détenus malade » *Droit, Santé, et Société*, n°5, 2018
- 119- MAZEAUD. P, « la constitutionnalisation du droit à la protection de la vie privée », *nouveau cahier du conseil constitutionnel* n°48,2015
- 120- MONTEIRO C., « contrôle de constitutionnalité des actes juridiques au Benin » *bulletin de Droit et d'information de la Cour suprême du Benin*, n°17, 2001, pages14-15.
- 121- MATHIEU B., « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, p.61.
- 122- MEDHI K., Commentaire de la Décision n°2018-730 de septembre 2018 « question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 706-113 du code de procédure pénale.
- 123- MOLLION G., « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel* n°62, 2005, pages 257-289.

- 124- MINIER D., « Les justifications de la règle de majorité en démocratie moderne », *Presse de science po Raison politique*, n°39, 2010, p. 129.
- 125- MONTALIVET P., « les objectifs de valeur constitutionnelle », *cahier du conseil constitutionnel*, N°20, 2006, p.16.
- 126- MISSIONNIER S., « stress, grossesse et psychanalyse : Spinoza avait raison ! », *ERES, prévention maternité*, 2011, pages 115-132.
- 127- MENKE C., « De la dignité de l'homme à la dignité humaine : le sujet des droits de l'homme », En hommage à HAUKE brunkhorst pour son 60ème anniversaire, *Revue franco-allemande des sciences humaines et sociales*, n°03, 2009, pages 24-34.
- 128- MENENTEAU S., « L'Edifice de l'expertise restera [...] comme bâti sur le sable. Enjeu et obstacle à la professionnalisation de la médecine légale dans la France du XIXème siècle », *Médecine et hygiène*, N°3, vol 41, 2017, pages 349-369.
- 129- MICHARD J-F., « Le territoire du médecin légiste : éthique et épistémologie de l'expertise médico-judiciaire », *Revue française D'éthique appliquée*, n°1, 2016, pages 109-110.
- 130- NELLY L., « Educations sanitaires, promotion, prévention, éducation à la santé » *Recherche et formation*, n°28, 1998, pages 131-138.
- 131- OUEDRAGO L., MONGBO V., &alii, « La césarienne dans le contexte de la gratuité eu Benin », *Santé publique* n°28, 2016, pages 399-497.
- 132- PELLET R., « le juge constitutionnel et la maitrise des dépenses de la santé », *Les tribunes de la santé*, n°5, vol 4, 2004, pages 77-91.
- 133- PELICIER N., « Un consentement pleinement libre et éclairé ? », *LAENNEC*, N°4, 2011, p.25.

- 134- PARODI M., FORSE M., « Justice distributive, la hiérarchie des principes selon les européens », *Revue de l'OFCE*, n°98, p.126.
- 135- PAOUR R., « Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes », *Revue des théories constitutionnelles et de philosophie du droit*, n° 21, 2013, p.10.
- 136- PASSELECQ O., « Actualité de la constitution de l'an III », *Presse universitaire de France politique d'aujourd'hui*, 1999, pages 73-74.
- 137- PETIT A., « dépigmentation volontaire, réalités, interprétation et résistances » *l'autre*, N°1, vol 8, 2007, p.12.
- 138- POIMEUR Y., « Réception du préambule de la constitution de 1946 par la doctrine juridique, la construction de la juridicité du préambule par ses premiers commentateurs ». *Université de Picardie jules verne*.
- 139- PIERRE-CAPS S., « le peuple à l'interface du droit constitutionnel et du droit international » *Civitas Europa*, n°32, Vol 1, p.11.
- 140- QUIVIGER P., « Du droit au consentement. Sur quelques figures contemporaines du paternalisme, des sadomasochistes aux témoins de Jéhovah » *Raison politique*, n°46, 2012, pages 79-94.
- 141- RICHARD P., « La loi-cadre sur la protection des minorités linguistiques historiques en Italie : entre sincérité et opportunité », *Revue française de droit constitutionnel*, n°45, Vol 1
- 142- ROUCHAIX L., « Mesure de l'équité en santé : fondements éthiques et implications », *Revue économique*, n°2, vol 60, pages 235-344.
- 143- ROMAINVILLE. C, « Droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel comparé » *Annuaire international de la justice constitutionnelle*, 2014
- 144- RUBELLIN-DEVICHI J., « Les enjeux actuels de l'assistance éducative », *Journal du droit des jeunes*, n°225, Vol 5, pages 28-31.

- 145- RIVERO J., « Fin d'un absolutisme » *Pouvoir* n°13, p.58.
- 146- RRAPI P., « l'incompétence négative dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel*, n°34, 2012, pages 55-66.
- 147- RICHET D., « Autour des origines idéologiques lointaines de la révolution française : élites et despotisme », *Annales économie société, civilisation*, n°1 1969, 1-23.
- 148- REEDORT-FICHOT M., « L'indivisibilité des droits de l'homme », *Cahier de la recherche sur les droits fondamentaux*, N°7, 2009, p.3.
- 149- REEVES N., PELLETIER. V &alii, « Anxiété mécanisme d'adaptation spécifiques à la grossesse, une étude longitudinale et qualitative », *Médecine et hygiène*, n° 28, 2016, p.44.
- 150- ROME I., « Le juge des libertés et de la détention. Une fonction à parfaire à l'aune des grands principes constitutionnels » *Dalloz, Les cahiers de la justice*, n°4, 2012, pages 115-127.
- 151- SENN F., « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, pages 56-58.
- 152- SALLE D., « l'article 66 un habeas corpus à la française ? », *Cahier de la justice*, n°1, vol 1, 2010, p.61.
- 153- SUANZES-CARPEGNA J., « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *Revue de droit constitutionnel*, n°68 2006, p.679.
- 154- SOW. F, « Mutilations sexuelles féminines et droits humains en Afrique », *Clio, histoire femme et société* n°6 2005.
- 155- SAMUEL X., « les réserves d'interprétation émises par le conseil constitutionnel », *site du conseil constitutionnel*, p.15.

- 156- TABUTEAU D., « Les évolutions de la politique de santé », *Journal de gestion et d'économie médicale*, n°1, vol 3, 2013, pages 53-68.
- 157- TABUTEAU. D, « Sécurité sanitaire, réforme institutionnelle ou résurgence des politiques de santé publique », *Tribune de la santé* n°16, 2007, pages 103.
- 158- TRADIVEL E., « qu'est-ce qu'une nation », *S.E.R, ETUDES*, 2016
- 159- VERPEAUX M., « l'unité et la diversité dans la République » *Nouveau Cahier du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p.34.
- 160- VEDEL G., RIVERO J., « les principes économiques sociaux de la constitution : Le préambule », *collection droit social*, vol XXI, 1980, p.109.
- 161- WOLFF L., VOLK WAMBA A., MOULIOM MAYOUGHOUE A., « perception de la dépigmentation volontaire de la peau chez les lycéennes au Cameroun », *santé publique*, N°2, vol 29, 2017, pages 263-270.
- 162- WITWER J., JUSOT F., « L'accès financier aux soins en France : Bilan et perspective », *La découverte, regard croisé de l'économie*, N°5, 2009, p.163.
- 163- ZERMATTEN J., *l'intérêt supérieur de l'enfant, de l'analyse littérale à la portée philosophique*, institut international des droits de l'enfant, Working report 3-2003, p.10.
- 164- ZIELINSKI A., « Libre choix. De l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société*, vol 32, n°131 2009, p.15
- 165- ZIELINSKI A., « Le libre choix de l'autonomie rêvée à l'attention aux capacités », *Gérontologie et société* n°4, 2009, p.16.

Autres ressources électroniques

Actes des institutions et organisations internationales

- 1- DIRECTIVE 2012/13/UE du parlement européen et du conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, J.O.U.E. n° L142 1^{er} juin 2012
- 2- Observation générale no 14 (2000) sur le droit à la santé, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.
- 3- Observation générale n°13 du comité des droits économique, sociaux et culturels.
- 4- Observatoire générale n°6, 1995, du comité des droits sociaux économiques et culturels.
- 5- Rés. CES 4 (XXXV), Doc. Off. CES NU, supp. n° 6, Doc. NU E/CN.4/1347 (1979)
- 6- Rés. CES 2542 (XXIV), Doc. Off. CES NU, 1969, supp. n°30, Doc. NU A/7630 49
- 7 Rés. CES 7 (XXXV), Doc. Off. CES NU, supp. n° 3, Doc. NU E/CN.4/1408 (1980) 174
- 7- Résolutions 53/4 (2010) et 54/6 (2011).
- 8- Résolution N°398 (LXII) 2018
- 9- Résolutions 663 (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1997.
- 10- Résolution 3452 (xxx) adoptée du 9 décembre 1975
- 11- Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, J.O.U.E n° C 295, 4 décembre 2009

- 12- Le règlement (CE) du parlement européen et du Conseil du 4 juin 2006 sur les transferts des déchets, a remplacé le règlement (CEE) n°259/93 du Conseil, du 1^{er} février 1993, sur la surveillance et le contrôle des transferts des déchets à l'intérieur à l'entrée et la sortie de la communauté.
- 13- Rapport mondiale de l'UNESCO sur l'apprentissage et l'éducation des adultes
- 14- Rapport de 2018 sur les droits de l'homme au Benin,
- 15- Rapport 2015/15 de février 2014 d'Amnystie international
- 16- Rapport du BUREAU DU HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME EN Guinée sur la situation des droits de l'homme dans les lieux de détention de Guinée,
- 17- HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES REFUGIES, Droit à la santé, fiche N°31,2015
- 18- Rapport canadien de la commissaire à l'environnement et au développement durable, octobre 2002.

Sites internet

http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/020665.pdf.

<https://www.leparisien.fr/societe/il-passe-six-heures-aux-urgences-incognito-un-depute-denonce-une-situation-dramatique-01-07-2019-8107599.php>

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-conception-de-l-individu>

https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/37/jacques_chevallier.pdf_4a0830a69fa99/jacques_chevallier.pdf

<https://www.academie-medecine.fr/dictionnaire>

<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-sur-la-souverainete-et-ses-approximations-1238.html>

<https://www.acatfrance.fr/public/rapport-guinee-juillet-2017.pdf>

<https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26219&LangID=F>

<https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR2910802019FRENCH.PDF>

http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/020665.pdf

https://www.achpr.org/fr_legalinstruments/detail?id=38

<https://journals.openedition.org/asterion/2996>

http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2015-012.pdf

http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2014-047.pdf

http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2014-013.pdf

<file:///C:/Users/Dell/Desktop/accès%20au%20droit%20à%20la%20santé.pdf>

<https://www.justice.fr/simulateurs/aide-juridictionnelle>

www.droitsdurgence.org

https://cdn.accf-francophonie.org/2019/03/Congres_ACCPUF_7_Lausanne_Partie1_Andorre-Burgorgue-Larsen.pdf

<http://www.academie-francaise.fr>,

http://www.justice.gouv.fr/publication/fp_violences_conjuguales.pdf

https://www.who.int/maternal_child_adolescent/documents/preventing_early_pregnancy/fr

<https://www.nouvelle-aquitaine.ars.sante.fr/coronavirus-actualite-et-conduite-tenir>

https://www.who.int/csr/disease/coronavirus_infections/fr/

https://www.who.int/mental_health/action_plan_2013/fr/

<http://www.sante.gouv.sn/programmes-et-projets/programme-national-de-lutte-contre-le-tabac-pnlt>

https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/180702-pnlt_def.pdf

https://www.iccpportal.org/system/files/plans/GIN_B3_PROGRAMME%20NATIONAL%20MNT%20GUINEE%202011-15.pdf

https://www.who.int/ncds/surveillance/steps/Benin_2015_STEPS_Report_FR.pdf

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00229696/document>

https://au.int/sites/default/files/newsevents/workingdocuments/27513-wd-assessment_report_ahs_french_sa16950_f.pdf

<https://www.who.int/fr/news-room/detail/18-11-2019-sweeping-agreement-inked-by-who-and-african-union-to-accelerate-vital-health-goals>

<http://www.legibenin.net/pdfs/Loi/Lois%20131217/Lois%202004/L.%202004-07.pdf>

https://www.ohchr.org/Documents/Countries/GN/ReportofGuinea_October2014.pdf

<https://bj.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/162/Rapport-2018-sur-les-droits-de-lhomme-au-Benin-Francais.pdf>

<https://bj.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/162/Rapport-2018-sur-les-droits-de-lhomme-au-Benin-Francais.pdf>,

<https://sn.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/209/SENEGAL-HRR-2017-FRE-FINAL.pdf>,

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/dargentT4.pdf>

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf>

<http://publications.ut-capitole.fr/16398/1/QPC%20et%20question%20pr%C3%A9judicielle.pdf2018>

http://jmt-sociologue.uqac.ca/www/word/387_335_CH/Notions_culture_civilisation.pdf.

http://jmt-sociologue.uqac.ca/www/word/387_335_CH/Notions_culture_civilisation.pdf.

<https://www.fidh.org/IMG/pdf/fr-declaration.pdf>.

<https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/aemr/text/artikel-25-aemr-recht-angemessen-en-lebensstandard>.

<https://www.excisionparlonsen.org/comprendre-lexcision/cartographie-mondiale-des-pratiques-dexcision/guinee/2018>.

http://www.academie-medecine.fr/?sfid=1000033776&_sf_s=ins%C3%A9mination%20artificielle

https://www.unicef.org/french/protection/index_3717.htmlhttps://www.unicef.org/french/protection/index_3717.htm

<https://www.un.org/press/fr/2006/AGSHC3852.doc.htm>

http://www.achpr.org/fr/sessions/64th_os/resolution/240/

<http://apps.who.int/medicinedocs/fr/d/Jh3008f/7.html#Jh3008f.7.1>

[https://www.ansm.sante.fr/Dossiers/Securite-des-produits-cosmetiques/Risques-lies-a-la-depigmentation-volontaire/\(offset\)/2](https://www.ansm.sante.fr/Dossiers/Securite-des-produits-cosmetiques/Risques-lies-a-la-depigmentation-volontaire/(offset)/2),

<https://ansm.sante.fr/Produits-de-sante/Produits-cosmetiques>

<http://www2.culture.gouv.fr/documentation/%20archim/constitutions.htm>.

<https://www.revue-interrogations.org/Reperes-interdisciplinaires-sur>

<https://www.hcsp.fr/Explore.cgi/Telecharger?NomFichier=ad521417.pdf>.

<https://www.amnesty.org/download/Documents/76000/ior630052006fra.pdf>

<https://www.who.int/features/2018/standby-partners-in-emergency-response/fr/>

<http://www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr/sites/default/files/Dalloz%202012%20p93-112.pdf>.

<http://www.ethique.sorbonne-paris-cite.fr/sites/default/files/Dalloz%202012%20p93-112.pdf>.

Table des matières

Affidavit	2
Affidavit	3
Résumé	4
Abstract	5
INTRODUCTION GENERALE	14
Première partie - La protection de la santé assurée par le juge constitutionnel en France et en Afrique francophone.....	46
Titre I - Pertinence de la consécration constitutionnelle du droit à la protection de la santé.....	49
Chapitre I - La reconnaissance constitutionnelle de l’opposabilité du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics	50
Section I - L’expression constitutionnelle de l’opposabilité du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics en France.....	51
Paragraphe I - La particularité de l’expression normative.....	51
<i>A- La prééminence de l’individu sur l’Etat en droit constitutionnel français</i>	<i>52</i>
<i>B- Consistance normative de la prééminence de l’individu</i>	<i>57</i>
Paragraphe II - Support jurisprudentiel de la prééminence de l’individu.....	60
<i>A- L’exigence du droit au développement individuel liée à la jouissance du droit à la protection de la santé.....</i>	<i>60</i>
<i>B- L’exigence de protection de l’individu contre la douleur</i>	<i>65</i>
Section II - De l’opposabilité constitutionnelle du droit à la protection de la santé aux pouvoirs publics en Afrique francophone	68

Paragraphe I - Une reconnaissance du droit à la protection de la santé par les Etats d’Afrique francophones aux antipodes de celle de la France	69
<i>A- Une consécration qui évoque confusément l’apport de l’individu.....</i>	<i>69</i>
<i>B- Une consécration qui traduit l’abus de pouvoir de l’Etat</i>	<i>73</i>
Paragraphe II- L’apport de la jurisprudence constitutionnelle	77
<i>A- L’observation du droit à la santé au gré de l’individu</i>	<i>77</i>
<i>B- La nécessité de garantie d’une juridiction supra-étatique</i>	<i>80</i>
Chapitre II- L’examen constitutionnel de la jouissance du droit à la protection de la santé par des individus	83
Section I - De l’accessibilité de la consécration constitutionnelle du droit à la protection de la santé.....	84
Paragraphe I - De l’architecture constitutionnelle de consécration du droit à la protection de la santé.....	84
<i>A- La consécration directe du droit à la protection de la santé</i>	<i>85</i>
<i>B- Consécration du droit à la protection de la santé par ricochet</i>	<i>90</i>
Paragraphe II - Des particularités de consécration de la protection de la santé à transposer	94
<i>A- La protection de la santé résultant du droit au repos</i>	<i>94</i>
<i>B- La distinction de jouissance de la santé par des êtres vulnérables</i>	<i>97</i>
Section II - Les déclinaisons législatives des consécration constitutionnelles	101
Paragraphe I - L’accès à la santé, fondement de l’interdiction de l’interruption volontaire de grossesse.....	102

<i>A- Imprécision du fondement sanitaire de l'interdiction législative de l'avortement et du silence de la jurisprudence</i>	102
<i>B- De la qualification juridique de l'embryon</i>	106
Paragraphe II - Des législations liées à l'accès à la santé des personnes privées de liberté.....	109
<i>A- L'implication constante de l'autorité judiciaire dans la procédure d'hospitalisation d'office d'un malade mental en Guinée</i>	110
<i>B- La limitation de l'intervention du juge dans l'accès au médecin en garde à vue</i>	113
Titre II- L'apport des juges constitutionnels à la protection sanitaire	117
Chapitre I- De la portée de l'interprétation du juge constitutionnel.....	118
Section I - L'obligation de vigilance, preuve d'une interprétation concrète du juge constitutionnel français	119
Paragraphe I - Perception formelle de la vigilance.....	119
<i>A- La vigilance, une responsabilité contractuelle de l'individu</i>	120
<i>B- Spécificité de la vigilance sanitaire résultant d'une relation contractuelle entre médecin et patient</i>	124
Paragraphe II - Teneur de l'obligation de vigilance	128
<i>A- L'obligation d'abstention positive</i>	129
<i>B- L'obligation d'action positive</i>	132
Section II - Usage des techniques d'interprétation du juge constitutionnel français par celui de l'Afrique francophone	135
Paragraphe I - L'interprétation ambiguë du juge constitutionnel guinéen dans la détermination de la nocivité du tabac	136

<i>A- Du caractère perfectible de l'interprétation conformiste</i>	136
<i>B- Incitation à l'interprétation par incursion ou par liaison</i>	139
Paragraphe II - Une nécessité d'intervention du juge constitutionnel pour combler la carence législative liée au tabagisme	142
<i>A- Des législations perfectibles qui protègent la santé des mineurs contre le tabagisme</i>	142
<i>B- L'action des juges constitutionnels indispensables à l'application des législations</i>	145
Chapitre II - Les mécanismes de protection constitutionnelle au service des droits sanitaires.....	148
Section I - Constitutionnalisation du droit à l'honoraire médical, résultant de la mise en œuvre de la QPC	149
Paragraphe I - Constitutions et droit à l'honoraire médical.....	149
<i>A- La Constitution française et le droit à l'honoraire médical</i>	150
<i>B- La constitutionnalisation du droit à l'honoraire en Afrique francophone ..</i>	153
Paragraphe II - La régularisation de la jouissance du droit à l'honoraire en Afrique francophone en référence à celle de la France	155
<i>A- La jouissance controversée du droit à l'honoraire</i>	156
<i>B- La régularisation du droit à l'honoraire.....</i>	157
Section II - D'un mécanisme constitutionnel de saisine destiné à l'invocation des droits sanitaires	160
Paragraphe I - L'exigence d'une saisine préalable de la Cour suprême.....	160
<i>A- Du fondement de la saisine préalable de la Cour suprême</i>	161

<i>B- Une Chambre mixte traitant de la recevabilité des requêtes sanitaires</i>	164
Para II-Justification circonstancielle de la nécessité de création du mécanisme hybride.....	166
<i>A- Justification relative à la protection sanitaire des détenus</i>	166
<i>B- Justification liée à l'inobservation des attributions médicales</i>	170
Seconde partie : perspective constitutionnelle garante de la santé citoyenne	175
Titre I - Perspective résultant d'une analyse sanitaire des instruments de référence	178
Chapitre I - Le Préambule constitutionnel, objet de consécration non jurisprudentielle de la santé	179
Section I - La consécration du droit à la protection de la santé par le préambule sans l'avis du juge constitutionnel	180
Para I - La consécration du préambule par les juges constitutionnels, fondement d'une protection de la santé	180
<i>A- De la protection du juge constitutionnel à la (non) consécration constitutionnelle</i>	181
<i>B- L'incitation à la protection de la santé par le juge constitutionnel</i>	185
Paragraphe II - Consécration de la santé résultant du rejet de la reconnaissance jurisprudentielle du préambule	190
<i>A- De la consécration fondée sur le positivisme constitutionnel</i>	190
<i>B- De la consécration fondée sur la simple perception externe de la norme constitutionnelle par des Etats</i>	195
Section II - Constitutionnalisme universel protecteur de la santé, corollaires de la consécration sans l'avis du juge constitutionnel.....	197

Paragraphe I - La proscription de l'excision, culture préjudiciable à la santé, sur le fondement d'un constitutionnalisme universel	197
<i>A- Prohibition de l'excision, culture attentatoire à la santé, sur le fondement d'une perception internationale de la Déclaration</i>	<i>198</i>
<i>B- L'interdiction de l'excision, culture préjudiciable à la santé, sur le fondement de l'exégèse interne de la Déclaration.....</i>	<i>201</i>
Paragraphe II- L'institution d'une liberté de procréation sur le fondement du constitutionnalisme universel.....	205
<i>A- La liberté de procréer déductible de l'égalité universelle</i>	<i>205</i>
<i>B- La liberté de procréation, droit cardinal de l'ordre juridique interne</i>	<i>210</i>
Chapitre II - La perception rigide du bloc de constitutionnalité guinéen, une garantie pour la santé citoyenne.....	212
Section I- L'obligation constitutionnelle d'éduquer à la santé et/ou dans les limites des exigences sanitaires	213
Paragraphe I - Une obligation constitutionnelle résultant d'une double exigence	213
<i>A- L'exigence relative au régime répressif des libertés</i>	<i>214</i>
<i>B- L'exigence liée au respect de l'ordre public</i>	<i>218</i>
Paragraphe II - Obligation constitutionnelle résultant de l'analyse du terme parentalité.....	222
<i>A- La parentalité, obligation d'éduquer conformément exigences sanitaires ..</i>	<i>222</i>
<i>B- La parentalité, obligation conjointe des individus et de l'Etat</i>	<i>226</i>
Section II - l'obligation constitutionnelle de promouvoir la santé, une protection plus effective	230
Para I - L'obligation de promouvoir la santé, droit subjectif.	230

<i>A- La protection de la santé, droit à promouvoir obligatoirement par la collectivité</i>	231
<i>B- La promotion obligatoire de la santé appliquée à l'interdiction de la dépigmentation volontaire</i>	234
Paragraphe II- Aménagement constitutionnel nécessaire pour la promotion impérative de la santé.....	237
<i>A- Aménagement lié à l'importation et l'usage des produits cosmétiques</i>	237
<i>B- L'examen des textes africains au regard d'une possible restriction d'usage et de commercialisation des produits cosmétiques</i>	240
Titre II - Théorie sanitaire déduite de l'interprétation limitée du juge constitutionnel.....	243
Chapitre I - L'excision, mœurs préjudiciable à la santé, fondement du droit d'asile constitutionnel.....	244
Section I - Une rétrospective favorable à la protection de la santé contre l'excision, mauvaise mœurs.....	245
Paragraphe I - La reconsidération de la Constitution de l'an III et la consécration des mœurs	245
<i>A- Une reconsidération qui valorise et problématise</i>	246
<i>B- Interprétation d'une disposition constitutionnelle obsolète relative aux mœurs</i>	249
Para II - L'excision, une mœurs nuisible à la santé et fondement du droit d'asile constitutionnel.....	252
<i>A- Contexte de constitutionnalisation</i>	253
<i>B- Les fondements de la constitutionnalisation</i>	256

Section II - l'application du principe d'inviolabilité du corps à la prohibition constitutionnelle de l'excision	259
Para I - Applicabilité du principe de l'inviolabilité du corps humain et la particularité liée aux mineures	260
<i>A- Champ d'application classique et nouveauté du principe</i>	260
<i>B- L'applicabilité à une mineure menacée d'excision</i>	262
Para II - la constitutionnalisation du consentement d'une mineure.....	265
<i>A- Constitutionnalisation résultant de la perception du corps humain comme une propriété privée consacrée par le préambule de 1946 ?</i>	266
<i>B- La constitutionnalisation du consentement déduite des analyses du juge constitutionnel</i>	269
Chapitre II - L'institutionnalisation constitutionnelle de l'urgence sanitaire.....	273
Section I - L'urgence, expression de garantie du droit à la protection de la santé	274
Paragraphe I - L'urgence expression d'une garantie de la santé des nationaux et étrangers	274
<i>A- Définition de l'urgence et sa convergence à la protection sanitaire</i>	275
<i>B- La concordance de l'urgence avec la protection sanitaire des étrangers</i> ...	279
Paragraphe II - L'urgence sanitaire : l'expression de l'exercice des compétences des pouvoirs publics étatiques,	284
<i>A- Le traitement d'urgence par les juridictions, lié à l'estimation du droit à la santé</i>	284
<i>B- L'éradication constitutionnelle des épidémies et pandémies, une urgence sanitaire</i>	288
Section II - L'urgence médicale et son appréciation constitutionnelle	291

Paragraphe I - La liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste	292
<i>A- De l'origine de la liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste</i>	<i>292</i>
<i>B- Conséquence constitutionnelle de la liberté de choix ou de tri du médecin urgentiste.....</i>	<i>295</i>
Paragraphe II - La probité, fondement de la liberté de choix du médecin urgentiste dans la constitution béninoise	298
<i>A- Présentation constitutionnelle de la probité du médecin urgentiste</i>	<i>298</i>
<i>B- La pratique du serment, soutien de la probité constitutionnelle en droit béninois</i>	<i>301</i>
Conclusion générale	304
Bibliographie.....	314