

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

N° 2 - avril 2019

Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques

Écrit par

Emmanuel CARTIER



Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille (*)

Jean-Philippe DEROSIER



Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille (**)

Décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autres, par J.-Ph. Derosier

Fraternité constitutionnelle

Si toute personne qui a fréquenté une école publique sait que la fraternité occupe une place importante dans la République française, encore fallut-il attendre la décision du 6 juillet 2018 pour que le Conseil constitutionnel la reconnaisse comme principe constitutionnel. Il découle ainsi non seulement de l'article 2 de la Constitution, qui fait de la formule « Liberté, Égalité, Fraternité » la devise de la République, mais aussi de son Préambule et de son article 72-3, d'où il ressort que la République française se réfère à « l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».

Cette reconnaissance vient justifier que soient revues les conditions de qualification du délit d'entrée, de circulation et de séjour irréguliers d'un étranger en France, plus connu sous le nom de « délit de solidarité ». Ce délit, réprimé par les articles L. 622-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), connaît certaines exemptions, prévues par l'article L. 622-4 du même code. Une personne apportant une aide au séjour à la circulation d'un étranger en situation irrégulière, dans un but strictement humanitaire, pouvait néanmoins être poursuivie et condamnée. Le Conseil précise ainsi que « la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national » découle du principe de fraternité.

Il faut donc opérer une distinction entre, d'une part, l'aide à l'entrée sur le territoire national d'un étranger qui n'en aurait pas le droit et, d'autre part, l'aide à la circulation et au séjour sur le territoire national, d'un étranger en situation irrégulière. La première fait naître une situation pénalement répréhensible et elle peut donc elle-même être considérée comme un délit⁽¹⁾. Tel n'est pas le cas des seconds, dès lors qu'ils sont dispensés dans un but désintéressé et humanitaire. On pouvait néanmoins soutenir qu'ils contribuent à la faire perdurer et que, par conséquent, en vertu de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière, qui participe de la sauvegarde de l'ordre public et constitue ainsi un objectif de valeur constitutionnelle, ils soient eux-mêmes pénalement réprimés.

Cela conduisait toutefois le juge pénal à condamner des personnes qui ont pris en charge des étrangers en situation irrégulière, en pleine connaissance de cause et afin de leur venir en aide, dans un but humanitaire, sans pour autant que cela relève de l'exemption pénale prévue par l'article L. 622-4, 3° du CESEDA. Ce dernier mentionnait soit les conseils juridiques, soit des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger.

Une interrogation subsiste toutefois : pourquoi identifier un nouveau principe constitutionnel pour censurer ce dispositif et ne pas se référer à d'autres règles constitutionnelles établies, telles la légalité, la proportionnalité et la nécessité des peines (article 8 de la Déclaration de 1789) ? En réalité, cela n'aurait pas affecté l'infraction, mais seulement la peine. Or c'est bien la première qui est visée, non la seconde. Et dès lors qu'elle est liée à une situation elle-même irrégulière, il n'existait pas d'autres fondements constitutionnels pour la censurer : il était nécessaire de prendre en compte le but poursuivi (humanitaire) et de l'élever à un rang constitutionnel, pour faire obstacle à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, qui a valeur constitutionnelle. Pour cela, la reconnaissance d'un principe de fraternité s'imposait. Si le Conseil ne se fait pas constituant, car il se borne à identifier un principe constitutionnel existant mais non encore appliqué, il s'attribue néanmoins et exceptionnellement un pouvoir d'appréciation (presque) équivalent à celui du législateur.

Il prend cependant soin de rappeler, comme il le fait systématiquement en matière de séjour des étrangers, qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. Cela signifie bien que le principe de fraternité confère le droit d'aider au séjour et à la circulation des étrangers en situation irrégulière, dans un but humanitaire, mais n'établit pas un droit de ces étrangers à obtenir un titre de séjour. Le principe de fraternité, quant à lui, n'aurait pas épuisé tous ses effets, car il n'aurait pas vocation à s'appliquer qu'aux situations des étrangers ou qu'aux buts humanitaires, nous dit-on dans le « Commentaire » de la décision. On est avide de savoir à quelles autres situations il pourrait s'appliquer.

Décision n° 2018-770 DC, 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie , par J.-Ph. Derosier

Le Conseil constitutionnel fut saisi, par des députés et des sénateurs, de la loi dite « asile et immigration ». Alors qu'il l'a quasi-intégralement validée, se bornant à censurer des cavaliers législatifs, la décision rendue le 6 septembre 2018 aurait d'abord pu être l'occasion d'une évolution importante de sa jurisprudence, que certains appellent depuis de nombreuses années ⁽²⁾ (1). Elle a plutôt marqué une restriction en matière de droit de la nationalité (2).

1) Le bloc de constitutionnalité toujours restreint

Le Conseil constitutionnel était invité à intégrer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) dans le bloc de constitutionnalité. Vaine tentative s'il en est, elle n'était pas hasardeuse pour autant.

On connaît le principe : une loi contraire à une norme internationale n'est pas pour autant contraire à la Constitution, en dépit de son article 55. Un principe bien établi depuis 1975 ⁽³⁾, sans cesse répété ⁽⁴⁾, mais qui a toutefois évolué. D'abord, quant au droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des citoyens de l'Union européenne, où un contrôle de la loi organique qui le met en œuvre est opéré au regard de l'article 88-3 de la Constitution et de l'article 8 B du traité instituant la Communauté européenne ⁽⁵⁾. Ensuite, quant au statut de la Nouvelle-Calédonie, où la loi organique qui le fixe est examinée au regard de la Constitution et des orientations définies par l'accord de Nouméa ⁽⁶⁾. Enfin, quant aux directives et aux règlements de l'Union européenne, où les lois qui les transposent ou les adaptent en droit interne sont examinées à leur regard afin de s'assurer que la transposition ou l'adaptation est effective et correcte ⁽⁷⁾.

L'évolution était peu probable en l'espèce. Mais elle aurait été à la fois bienvenue et justifiée. D'une part, ce moyen était invoqué à l'égard de la rétention des mineurs, la loi déférée permettant que seul le mineur accompagnant un étranger placé en rétention peut lui-même y être placé. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France à de nombreuses reprises pour un tel placement en rétention de mineurs, alors qu'ils étaient en très bas âge (quelques mois, parfois quelques semaines) et ne restaient parfois que quelques jours dans des centres disposant d'équipements adaptés ⁽⁸⁾. D'autre part, il s'agissait de la première saisine postérieure à l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la CESDH, le 1^{er} août 2018, lequel permet aux plus hautes juridictions d'un État partie de saisir la Cour d'une demande d'avis. Or le Gouvernement français a désigné le Conseil parmi ces plus hautes juridictions, ce qui lui donne le droit de saisir la Cour. Il pourrait alors devoir tenir compte de son avis, ce qui n'aurait de sens que si la Convention figure parmi les normes de référence.

Enfin, le Conseil aurait pu adopter un raisonnement le conduisant à faire simplement évoluer sa jurisprudence, sans opérer un véritable revirement. Le principal argument invoqué en 1975, dans la décision *IVG*, était le caractère absolu et définitif des décisions du Conseil, qui s'oppose à celui relatif et contingent des engagements internationaux, du fait de leur champ d'application limité et de la condition de réciprocité. Cependant, depuis 1999, le Conseil retient que la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution ne s'applique pas en matière de protection des droits fondamentaux appartenant à toute personne, dans le cadre d'engagements internationaux destinés à favoriser la paix et la sécurité du monde, conclus alors sur le fondement des alinéas 14 et 15 du Préambule de 1946 ⁽⁹⁾. En intégrant la CESDH dans le bloc de constitutionnalité, la jurisprudence *IVG* excluant les normes internationales ayant un caractère relatif et contingent n'aurait pas été remise en cause. De même, il aurait été

possible de l'intégrer sans se référer à l'article 55, mais bien à ces deux alinéas du Préambule de 1946, qui imposent à la République française, donc à son législateur, de se conformer « aux règles du droit public international », en lui permettant de consentir « aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Ainsi, n'auraient été concernées que les normes internationales échappant à la condition de réciprocité, qui ont donc une vocation multilatérale, dans un domaine spécifique qu'est la protection de la paix et qui sont pleinement contraignantes, afin d'emporter des obligations à l'égard du législateur, lorsqu'il élabore la loi.

Un tel raisonnement aurait limité le nombre de normes internationales susceptibles d'être intégrées au bloc de constitutionnalité, tout en renforçant la garantie des droits. Surtout, le Conseil serait resté maître de leur identification et incorporation, sur la base des critères retenus, comme il l'est, par exemple, à l'égard des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Mais il ne l'a pas fait sien, rejetant ce moyen à partir de l'argument de principe, maintes fois rappelé. Il faudra donc attendre encore quelques temps avant de voir cette jurisprudence évoluer... si elle évolue un jour ! L'espoir fait vivre, même lorsqu'il est constitutionnel.

2) Le droit de la nationalité plus restrictif

Le droit commun de la nationalité permet à un enfant né en France de parents étrangers d'acquérir la nationalité française à sa majorité ⁽¹⁰⁾ ou de la réclamer à partir de ses seize ans ⁽¹¹⁾, à la double condition qu'il y ait sa résidence au moment de sa demande et qu'il y ait résidé de façon habituelle, continue ou discontinue, pendant au moins cinq ans, à compter de ses onze ans. Cette demande d'acquisition peut être faite par les parents eux-mêmes, à l'égard d'un enfant de treize ans, si la double condition est remplie au moment de la demande, la condition de la résidence habituelle valant alors à partir de ses huit ans ⁽¹²⁾. L'article 2493 du code civil, issu de l'article 16 de la loi « asile et immigration », n'applique ces conditions à un enfant né à Mayotte que si, « à la date de sa naissance, l'un de ses parents au moins résidait en France de manière régulière, sous couvert d'un titre de séjour, et de manière ininterrompue depuis plus de trois mois ».

Pour valider cette disposition, le Conseil s'est appuyé sur l'article 73, alinéa 1^{er} de la Constitution qui permet que, dans les départements et régions d'outre-mer, les lois et règlements applicables de plein droit, peuvent néanmoins faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. Or Mayotte est soumise à des flux migratoires importants, principalement dus à sa proximité avec les Comores, conduisant à ce que ce territoire « comporte, par rapport à l'ensemble de la population résidant en France, une forte proportion de personnes de nationalité étrangère, dont beaucoup en situation irrégulière, ainsi qu'un nombre élevé et croissant d'enfants nés de parents étrangers » ⁽¹³⁾. Selon le Conseil constitutionnel, ce sont des « caractéristiques et contraintes particulières », au sens de l'article 73 de la Constitution, permettant au législateur d'adapter, à Mayotte, « non seulement les règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, mais aussi celles régissant l'acquisition de la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France ». Le Conseil veille toutefois à préciser que cela ne peut opérer que « dans une certaine mesure ».

S'il s'agit là d'éléments de fait indiscutables, d'ailleurs invoqués par le Gouvernement et par le sénateur mahorais à l'initiative d'une proposition de loi, reprise par voie d'amendement à la loi « asile et immigration », l'argument de droit, lui, peut surprendre. La surprise ne vient pas tant de la rupture du principe d'égalité à laquelle aboutit la loi et que valide donc le Conseil, même si ce principe constitutionnel connaît une application renforcée en outre-mer, puisqu'il est corroboré par l'alinéa 16 du Préambule de 1946, qui dispose que « la France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs ». La surprise vient davantage de l'application de l'article 73, al. 1 de la Constitution aux règles d'acquisition de la nationalité française : désormais, il existe une différenciation de ces règles, fondée non seulement sur la situation des individus (ce qui est logique), mais aussi sur le territoire français où ils sont nés (ce qui l'est beaucoup moins).

Des régimes différents en matière d'acquisition de la nationalité ont déjà été admis par le Conseil constitutionnel, mais, jusqu'à présent, jamais sur la base d'un critère territorial. S'il existe ainsi une différence entre statut civil de droit commun et statut civil de droit local qui peut emporter des différences en termes de conservation de la nationalité française, cela repose sur un critère de date d'accès à l'indépendance de l'Algérie ⁽¹⁴⁾. De même, le Conseil a rappelé « qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation ». Il a néanmoins admis la constitutionnalité de la déchéance de la nationalité française applicable aux premières et non aux secondes, mais afin de permettre de déchoir de leur nationalité ceux qui l'ont acquise, pendant une durée limitée et dans le cas spécifique de la lutte contre le terrorisme ⁽¹⁵⁾.

En revanche, avec la décision commentée, le Conseil opère une brèche dans le principe d'indivisibilité de la République et de la souveraineté nationale, qui en découle. Sur le fondement du premier, le Conseil constitutionnel avait émis une « réserve stricte d'interprétation » à l'égard d'une disposition législative qui imposait, pour l'attribution de la nationalité française à un enfant né en France d'un parent né dans une colonie ou un territoire d'outre-mer, que cet enfant soit né avant une certaine date. Ce dispositif n'est validé que si le territoire où est né le parent a accédé ultérieurement à l'indépendance, autrement dit s'il n'est plus un territoire de la République ⁽¹⁶⁾. À propos du second, n'oublions pas que la nationalité est une condition de l'exercice de cette souveraineté nationale, en vertu de l'article 3 de la Constitution. Or, désormais, il existe une catégorie

d'individus, nés en France, remplissant exactement les mêmes critères que d'autres individus, nés en France mais sur un autre territoire, qui ne pourront pas acquérir la nationalité française et qui ne pourront donc pas exercer la souveraineté nationale, au seul motif qu'ils sont nés sur ce territoire (Mayotte) et qu'une condition supplémentaire leur est spécifiquement applicable.

Il faut donc admettre que, désormais, le droit d'exercer la souveraineté nationale dépend de la partie du territoire national où l'on est né. Aux yeux du Conseil constitutionnel, cette dérogation à l'indivisibilité de la République et de la souveraineté nationale paraît opérer dans une mesure suffisante, au regard des circonstances de l'espèce.

Décision n° 2018-744 QPC du 16 novembre 2018, Mme Murielle B. [Garde à vue des mineurs], par E. Cartier

Un jour sans fin

Plus de trente ans après les faits à l'origine de ce qui est devenu « l'affaire Grégory », la justice semble ne pas encore avoir dit son dernier mot. L'enquête originelle conduisit en effet à la garde à vue d'une mineure à l'époque (Murielle Bolle), dont la constitutionnalité de la base légale fut contestée à l'occasion de la mise en examen en juin 2017 de la même personne, dans le cadre d'une énième réouverture du dossier ⁽¹⁷⁾ : d'abord devant la Cour d'appel de Dijon, puis -- suite au refus de transmission de cette dernière -- devant la Cour de cassation, à l'occasion d'un pourvoi contre l'arrêt de la chambre d'instruction de la CA. L'ancienneté de l'affaire et de la norme applicable dont on demandait au Conseil d'apprécier la conformité aux droits et libertés constitutionnels, l'a amené à se situer à la confluence du droit et de l'histoire, de la norme juridique et du fait.

En effet, si la norme législative était bien applicable en 1984, elle n'existait plus en tant que telle, le régime général de la garde à vue dans son application aux mineurs ayant été considérablement modifié depuis 1993, afin d'y intégrer des garanties propres à renforcer les droits du justiciable et à prendre en compte la vulnérabilité de cette catégorie de justiciables. Un tel progrès était déjà à la base de l'ordonnance du 2 février 1945 *relative à l'enfance délinquante* dont les articles 1^{er}, 5, 7, 8, 9 et 10 étaient ici contestés. Les moyens invoqués étaient difficilement contestables, le représentant du Premier ministre ayant lui-même conclu au caractère imparfait de la garde à vue des mineurs à l'époque, l'ordonnance de 1945 se contentant de renvoyer au régime général de la garde à vue prévu par le Code de procédure pénale (CPP). Ce régime ne leur permettait ni de faire avertir leurs représentants légaux, ni de bénéficier immédiatement de l'assistance d'un avocat ou de la notification du droit de garder le silence durant l'interrogatoire, ni même de bénéficier d'un examen médical durant les premières 24 heures. À ce titre, le dispositif législatif général censuré par le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision 14/22 QPC était plus protecteur que celui en cause ici ⁽¹⁸⁾. L'intérêt de cette QPC ne résulte donc pas tant du degré de contrôle exercé par le Conseil sur le dispositif législatif que de la portée temporelle du contrôle et des effets attachés à la décision.

Rappelons qu'à l'origine, le projet de loi constitutionnelle avait entendu limiter le contrôle du Conseil aux seules « *disposition(s) législative(s) promulguée(s) postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution* » avant que l'Assemblée nationale ne supprime toute limite temporelle. Cela conduit parfois le Conseil à se projeter assez loin dans cette temporalité normative que couvrent les dispositions législatives pouvant être considérées comme « *applicable(s) au litige ou à la procédure ou [qui] constitue(nt) le fondement des poursuites* ». Ainsi, à l'occasion d'une affaire concernant les héritiers de Matisse et de Picasso, le Conseil avait-il eu à se prononcer sur la conformité au droit de la propriété et à la liberté contractuelle du régime législatif applicable à l'époque (issu d'une loi du 19 juillet 1793) à la cession de certaines œuvres de leurs aïeux ⁽¹⁹⁾. Dans le cas de la présente décision, la disposition législative en cause, bien qu'ayant disparu, continuait à produire des conséquences sur la situation juridique des justiciables. En effet, la mise en examen de Mme Bolle s'appuyait, conformément au CPP, sur des « *indices graves ou concordants* », dont ceux recueillis à l'occasion de sa première garde à vue en 1984, lesquels avaient permis d'ouvrir « la piste Laroche ». Le fait pour le Conseil d'accepter de se prononcer sur ce type d'affaires, pour lesquelles seule la portée rétroactive de la déclaration d'inconstitutionnalité donne un sens à la QPC, traduit la prise en compte du caractère concret de la norme contrôlée c'est-à-dire des effets qu'elle peut continuer à produire sur les situations juridiques en vigueur, ne serait-ce que de manière subséquente. L'examen des moyens pouvait ici s'appuyer sur une jurisprudence consolidée du Conseil, en matière de garde à vue ⁽²⁰⁾ et de protection accordée aux personnes vulnérables telles les mineurs ⁽²¹⁾. Le respect des droits de la défense ⁽²²⁾ comme le PFRLR relatif à la justice pénale des mineurs ⁽²³⁾, constituaient des moyens solides et à même d'emporter la conviction du Conseil. La censure des dispositions législatives en cause « *dans leur rédaction applicable en 1984* » ne faisait donc pas de doute.

La question des effets attachés à la déclaration d'inconstitutionnalité comportait ici une dimension particulière compte tenu de la temporalité dans laquelle le Conseil exerçait son office : celle des gardes à vue prononcées sous le régime applicable aux mineurs avant 1993. Dès lors le Conseil était-il amené à se projeter dans les conséquences concrètes de sa décision sur les situations juridiques en cours et, plus particulièrement, sur les « *affaires non définitivement jugées* » ⁽²⁴⁾. Cette dimension conséquentialiste de son office n'est pas exclusivement factuelle puisqu'elle peut s'appuyer sur des considérations prenant en compte certains objectifs de valeur constitutionnelle, telles la lutte contre la fraude fiscale ou, comme c'était le cas ici, la poursuite des auteurs d'infraction, laquelle se rattache plus généralement à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ⁽²⁵⁾. Elle ne peut néanmoins pas se détacher de considérations factuelles dans l'appréciation de la mise à mal des objectifs en cause au regard par exemple du nombre d'infractions

fiscales concernées ou, dans le champ pénal, du nombre de procédures rentrant dans le champ des « affaires non définitivement jugées », ainsi que l'illustrent les décisions 14/22 QPC ⁽²⁶⁾, et 417 QPC ⁽²⁷⁾.

L'abrogation n'ayant aucun sens compte tenu de la temporalité dans laquelle se situait le contrôle et la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil avait le choix entre refuser le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'auteur de la QPC et, *a fortiori* aux autres justiciables concernés par une « affaire non définitivement jugée », ou l'accorder, éventuellement avec des conditions restreignant le champ des bénéficiaires ⁽²⁸⁾. Ce choix s'appuyait sur un bilan prenant en compte les conséquences de l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infraction. C'est là que résident les limites de l'office du Conseil, conduit durant l'audience à demander au représentant du Premier ministre le nombre de cas potentiellement concernés par la remise en question du régime de la garde à vue de mineurs applicable entre 1984 et 1993. Ce dernier avoua sa propre incapacité à livrer des chiffres précis et renvoyant à plus tard une telle information. Contrairement à d'autres décisions QPC, la production de telles observations ne fait pas l'objet d'une mention dans les visas ⁽²⁹⁾. Le Conseil opta pour donner plein effet à sa déclaration d'inconstitutionnalité, relevant qu'« *En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité.* » et prescrivant son application « *à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.* ». La Cour de cassation en a tiré les conséquences en invalidant, en même temps qu'une partie de l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Dijon du 16 mai 2018, la garde à vue ayant fait application des dispositions législatives en cause, ainsi que « em » ses actes subséquents » ⁽³⁰⁾. Reste à savoir quelles conséquences concrètes la chambre d'instruction de la CA de Paris (Cour de renvoi) tirera sur la consistance du dossier d'accusation.

Décision n° 2018-737 QPC CC du 5 octobre 2018, M. Jaime Rodrigo F. [Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français], par E. Cartier

Retour vers le futur

Cette décision relève d'une logique similaire et portait sur une question sensible -- la transmission de la nationalité française -- dont la décision du Conseil a rappelé à la fois le caractère évolutif et pragmatique. Il s'agissait ici du régime de transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français tel qu'il résultait de l'application des 1^{er} et 3^o de l'article 1^{er} de la loi du 10 août 1927 *sur la nationalité*, abrogés et remplacés par un régime de transmission élargi, par l'ordonnance du 19 octobre 1945 *portant Code de la nationalité française*. Convoquant à la fois le Préambule de la Constitution de 1946 dans son 3^e alinéa consacré à l'égalité des droits reconnus aux deux sexes et l'article 6 de la Déclaration des droits (DDHC) sur le principe d'égalité, l'auteur de la QPC, descendant d'un arrière-grand-parent s'étant vu appliquer entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924 un régime réservant la transmission de la nationalité française quel que soit le lieu de naissance aux seuls enfants légitimes par filiation paternelle, invoquait l'existence, pour la période en question, d'une discrimination fondée sur le sexe. Là encore les moyens invoqués à l'appui de cette QPC ne se caractérisent pas par leur originalité et renvoient à une jurisprudence classique du Conseil constitutionnel. La présence du considérant de principe rappelant que « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des 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 cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.* » ne surprend donc pas et semble conduire, au regard de l'économie de la disposition législative en cause ⁽³¹⁾, directement à une déclaration d'inconstitutionnalité. Outre le recours spécifique au 3^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 auquel le Conseil constitutionnel semble vouloir conférer une place particulière dans le champ des interdictions de discriminations, l'intérêt de cette décision tient, comme la précédente, à la temporalité dans laquelle le Conseil a été amené à exercer son office et à celle dans laquelle il a inscrit les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité.

La temporalité du contrôle était celle d'une disposition législative abrogée depuis 1945 et non applicable aux enfants mineurs à la date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1945 (soit ceux nés entre le 21 octobre 1924 et le 21 octobre 1945). Le texte était donc opposable aux enfants nés entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924 et à leurs descendants, selon une logique de transmission similaire à celle de l'affaire des héritiers de Matisse et Picasso. Ces enfants nés à l'étranger de mère française placés sous l'empire de la loi de 1927 au moment de leur majorité avaient par conséquent acquis la nationalité de leur pays de naissance lorsque celui-ci reconnaissait le droit du sol, alors que leur mère disposait de la nationalité française. Ce régime créait ainsi une double discrimination : la première de nature sexuelle entre le père et la mère ; la seconde entre les enfants légitimes nés à l'étranger selon le sexe de leur parent bénéficiant de la nationalité française. Cela supposait la censure par le Conseil constitutionnel, au sein du dispositif législatif applicable, de la seule mention discriminante « *en France* ». Cette censure impliquait de remettre en question l'économie générale d'une loi non considérée à l'époque comme liberticide. Si le droit de la nationalité s'est en effet construit progressivement comme un droit intégrant des enjeux en termes de droits et libertés fondamentaux, il n'en demeure pas moins le reflet de considérations économiques et sociales et, pendant longtemps militaires ⁽³²⁾. Ainsi, la loi de 1927 représentait à l'époque un progrès par rapport à la législation précédente et a eu comme effet de faciliter l'intégration d'étrangers ou d'enfants de père étranger lorsque leur mère était française et qu'ils étaient nés en France. Cependant le Conseil n'avait pas à faire ici œuvre d'historien ni de sociologue ou de démographe, mais de gardien de droits et libertés rattachés à un bloc de constitutionnalité qui n'existait pas

encore à l'époque mais qui prend tout son sens compte tenu de l'opposabilité de cette loi aux demandes de délivrance de certificat de nationalité faites devant l'administration d'aujourd'hui et aux actions déclaratoires de nationalité présentées au juge judiciaire. Son office, bien qu'en partie anachronique n'en demeure pas moins légitime et conforme à la mission que lui a confiée le constituant dans la mesure où, dans certains cas, les violations des droits et libertés constitutionnels ne cessent pas avec l'abrogation de la loi. Elles sont dès lors logiquement soumises au respect de l'ordre juridique en vigueur et *a fortiori* des droits et libertés issus de notre bloc de constitutionnalité. Le Conseil se contente ainsi, après avoir rappelé sa formule classique relative au principe d'égalité⁽³³⁾, d'apprécier la teneur de l'objectif d'intérêt général qu'avait visé la loi à l'époque, avant de constater que les objectifs visés n'étaient « *pas de nature à justifier les différences de traitement contestées* ». C'est ainsi assez logiquement que le Conseil a censuré la disposition législative incriminée.

Le Conseil était par ailleurs confronté ici à une double difficulté : celle de la prise en compte des dispositions en cause applicables à des enfants ayant pu bénéficier des dispositions favorables de l'ordonnance du 19 octobre 1945, en raison de leur qualité de mineur à l'époque de son entrée en vigueur ; celle du type de censure, compte tenu du fait que l'abrogation était sans objet et que l'effet utile de la QPC suppose de circonscrire précisément le champ des bénéficiaires. La première difficulté fut facilement résolue par le Conseil qui cibra au sein du dispositif en cause le terme « *en France* », ne touchant donc pas aux dispositions de la loi de 1927 régissant le statut des enfants ayant pu bénéficier des effets de l'ordonnance de 1945, selon la même logique que celle qui était en œuvre dans la décision 360 QPC⁽³⁴⁾. La seconde difficulté était moins évidente à résoudre dans la mesure où, contrairement à la décision 744 QPC⁽³⁵⁾, les hypothèses de demande de délivrance de certificat de nationalité française étaient potentiellement très nombreuses compte tenu du nombre de générations concernées (trois en l'espèce). Contrairement à la décision précédente encore, aucun objectif de valeur constitutionnel n'était invocable à l'encontre de la pleine portée à l'effet utile de la QPC. C'est dès lors sur un raisonnement conséquentialiste que le Conseil s'est appuyé, prenant en compte, selon le standard habituel – et toujours aussi vague – les « *conséquences manifestement excessives* » d'une déclaration d'inconstitutionnalité invocable « *par tous les descendants des personnes nées à l'étranger de mère française n'ayant pas obtenu la nationalité française du fait de ces dispositions, qui, dans la mesure où elles étaient applicables aux personnes mineures lors de leur entrée en vigueur ont produit leurs effets à l'égard des enfants nés entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924* ». C'est par conséquent à une formule de rétroactivité restreinte, comme dans la décision 360-QPC⁽³⁶⁾ qu'a renvoyé ici le Conseil, réservant le bénéfice de la déclaration d'inconstitutionnalité aux « *seules personnes nées à l'étranger d'une mère française entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924 à qui la nationalité française n'a pas été transmise du fait de ces dispositions* » ainsi que « *leurs descendants* », sur la base des décisions fruits des « *instances introduites à la date de publication de la présente décision et non jugées définitivement à cette date* ». La rétroactivité pour laquelle le Conseil a opté est cependant moins large que celle consacrée à l'occasion de la décision 360 QPC qui avait élargi le bénéfice de la QPC aux « *affaires nouvelles* »⁽³⁷⁾.

Il existe en réalité toute une série de textes, abrogés parfois depuis très longtemps, encore opposables aux justiciables dans la mesure où ils ont pu constituer la base d'une transmission par voie de filiation ou d'acquisition par voie contractuelle. La tâche du Conseil est conséquente en la matière et ces « remontées dans le temps », complexes et multidimensionnelles, ne sont sans doute pas les dernières.

[*] Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille, Co-Directeur de EA 4487 - CRDP (ERDP) - Centre « Droits et perspectives du droit (Équipe de recherche en droit public) », F-59 000 Lille, France.

[**] Professeur agrégé des facultés de droit à l'Univ. Lille, EA 4487 - CRDP (ERDP) - Centre « Droits et perspectives du droit (Équipe de recherche en droit public) », F-59 000 Lille, France ; Directeur scientifique du ForInCIP et de la revue *Jurisdiction*, auteur du blog *La Constitution décodée*.

(1) Elle demeure d'ailleurs réprimée : l'article L. 622-4 du CESEDA a été modifié, prévoyant désormais une exemption pénale pour l'aide à la circulation et au séjour, mais non pour l'aide à l'entrée. Ce délit d'aide à l'entrée peut bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 122-7 du code pénal (principe de nécessité), qui permet d'exonérer de sa responsabilité pénale « la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien ».

(2) Guy Carcassonne, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 du 15 janvier 1975 ? », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 7 (1999).

(3) Déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

(4) Dernièrement Déc. n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

(5) Déc. n° 98-400 DC du 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*.

- (6) Déc. n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*.
- (7) Déc.s n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* et n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*.
- (8) CEDH 19 janvier 2012, aff. 37972/07 et 39474/07, *Popov c./ France*; 12 juillet 2016 (5 arrêts) : aff. 11593/12, *A. B. et autres c./ France*; aff. 33201/11, *R. M. et autres c./ France*; aff. 24587/12, *A. M. et autres c./ France*; aff. 68264/14, *R. K. et autres c./ France*; aff. 76491/14, *R. C. et V. C. c./ France*.
- (9) Déc. n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.
- (10) Article 21-7 du code civil.
- (11) Article 21-11, al. 1 du code civil.
- (12) Article 21-11, al. 2 du code civil.
- (13) Déc. commentée, § 43.
- (14) Déc. n° 2012-259 QPC du 29 juin 2012, *M. Mouloud A.*
- (15) Déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, confirmée par la décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, *M. Ahmed S.*
- (16) Déc. n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*.
- (17) Une réouverture ayant débouché sur la mise en examen de Mme Bolle., CA de Dijon, ch. d'instr., 24 mai 2017.
- (18) Déc. n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 *M. Daniel W. et autres*.
- (19) Déc. n° 2014-430 QPC du 21 novembre 2014 *Mme Barbara D. et autres*.
- (20) Le Conseil a été saisi de nombreuses fois depuis 1981 de la constitutionnalité des différents régimes de garde à vue et de leurs modifications ainsi que d'autres mesures de retenues telles la retenue douanière ou celles relatives à l'ivresse publique.
- (21) Pour la procédure pénales, Déc. n°2018-730 QPC du 14 septembre 2018 *M. Mehdi K.*; n° 2011-136 QPC du 17 juin 2011 Fédération nationale des associations tutélaires et autres, ou, plus récemment n° 2018-762 QPC du 8 février 2019 *M. Berket S.*
- (22) Rattachés à la garantie des droits prescrite par l'article 16 de la DDHC, Déc. n°2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*.
- (23) Qui consiste en « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées* », Déc. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*. Appliqué dans 14 décisions dont 5 QPC.
- (24) Le Conseil a, pendant longtemps utilisé la formule plus sibylline des « *instances en cours* » puis celle des « *instances non définitivement jugées* » avant d'avoir recours à la formule alternative des « *affaires non définitivement jugées* ».
- (25) Déc. n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*.
- (26) *Op. cit.*
- (27) Déc. n°417 QPC du 19 septembre 2014 *Société Red Bull On Premise et autre*.
- (28) Ex. Déc. n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018 *M. Jaime Rodrigo F.*
- (29) Ex. Déc. n°2010-14/22 QPC, *op. cit.*

(30) L'arrêt de la Cour de cassation fait en effet porter l'annulation de l'arrêt de la chambre d'instruction sur « *ses seules dispositions relatives à la garde à vue et aux actes subséquents* », Cass. crim. req n°181 19 fév. 2018.

(31) Le Conseil avait ainsi censuré un dispositif législatif relatif à la perte de nationalité par l'acquisition de la nationalité étrangère qui favorisait les hommes en prévoyant une perte « *de plein droit* » pour les femmes alors que, pour les premiers, cette perte était conditionnée à une demande de leur part, Déc. n° 2013-340 QPC du 9 janvier 2014 *Mme Jalila K.*

(32) V. le récapitulatif synthétique du site du Ministère de l'intérieur <https://www.immigration.interieur.gouv.fr>

(33) Une formule stabilisée depuis la décision 97-388 DC du 20 mars 1997 *Loi créant les plans d'épargne retraite* (cons. 27).

(34) *Op. cit.*

(35) *Op. cit.*

(36) Dans cette décision le Conseil avait censuré l'expression « *du sexe masculin* ».

[37] *Op. cit.*

Citer cet article

Emmanuel CARTIER ; Jean-Philippe DEROSIER. « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », Titre VII [en ligne], n° 2, *De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne*, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droits-fondamentaux-et-libertes-publiques-0>