

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

N° 8 - avril 2022

Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (juillet à décembre 2021)

Écrit par

Jean-Philippe DEROSIER



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

Emmanuel CARTIER



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

Le second semestre de l'année 2021 connut une activité intense avec quatorze décisions rendues en DC (déclaration de constitutionnalité) : c'est presque un record et il faut remonter au second semestre des années 2015, 2014 ou 1985 pour un nombre équivalent, lequel n'a été dépassé qu'au second semestre des années 2009, 2005 et 1986 avec quinze décisions et, surtout, au second semestre 2003 avec seize décisions. Certaines des lois déferées au Conseil constitutionnel étaient emblématiques, telle la loi sur la bioéthique, celle sur le climat, ou celle préservant les principes de la République. Cependant, aucune ne fit l'objet de censures importantes : la première fut intégralement validée ⁽³⁾, la deuxième ne fut retoquée qu'en matière d'habilitation de l'article 38 de la Constitution ou de cavaliers législatifs ⁽⁴⁾, tandis que la troisième fit l'objet de deux censures (outre des cavaliers), dont une pour contrariété à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (ce qui est assez rare) ⁽⁵⁾. À l'inverse, deux de ses dispositions politiquement controversées - les restrictions des conditions de l'instruction à domicile et la création d'un délit de mise en danger de la vie d'autrui par diffusion d'informations relatives à sa vie privée ou professionnelle (qui fut la reprise, en partie, du fameux « article 24 » censuré dans la loi « sécurité globale » ⁽⁶⁾) - furent validées.

Enfin, le Conseil examina la loi sur le terrorisme et le renseignement qui reprenait les dispositions intégralement censurées ⁽⁷⁾ de la loi sur les mesures de sûreté pour les auteurs d'infractions terroristes. Cette fois, il ne trouva rien à redire à ces mesures, eu égard aux garanties légales qui limitaient leur caractère disproportionné, raison de leur censure en 2020. En revanche, faisant application de sa jurisprudence établie depuis 2018 ⁽⁸⁾, il considéra que le possible allongement à vingt-quatre mois de la durée maximale des mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (MICAS) lorsqu'elles sont prononcées dans un délai de six mois à compter de la libération d'une personne condamnée à une peine privative de liberté, non assortie du sursis, d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour une infraction en lien avec le terrorisme, contrevenait à la liberté d'aller et de venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale : compte tenu de leur rigueur, l'application de telles mesures ne peut excéder, de manière continue ou non, une durée totale cumulée de douze mois ⁽⁹⁾.

Cependant, la décision la plus retentissante de la période fut sans doute celle par laquelle le Conseil « scanna » le passe sanitaire, elle-même prolongée par la décision sur la loi de vigilance sanitaire.

Un passe en avant, deux passes en arrière, ou le passe sanitaire scanné par le Conseil constitutionnel

Décisions n° 2021-824 DC du 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire* et n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, par J.-Ph. [Derosier]

La décision du 5 août 2021 sur la loi relative à la gestion de la crise sanitaire s'inscrit dans la continuité d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire, initié depuis les premières décisions du Conseil constitutionnel en mars 2020⁽¹⁰⁾. En effet, dans le prolongement de cette jurisprudence, le Conseil valide l'essentiel de la loi et les dispositifs permettant de faire face à la crise sanitaire, privilégiant l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé sur les autres droits et libertés. Il ne censure que deux dispositifs, l'un concernant la rupture anticipée des contrats de travail à durée déterminée, l'autre relatif au placement à l'isolement des personnes dont le résultat d'un test de dépistage est positif. C'est dans ce même mouvement qu'il continuera de s'inscrire par sa décision de novembre.

Dans les deux cas, le raisonnement et la solution retenue font sens. Cependant, ce que l'on pourrait percevoir comme un infléchissement de ce mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire n'en est pas un, tant la préservation de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé demeure le référent normatif de toute l'appréciation du Conseil constitutionnel. D'une part, la censure du dispositif relatif au placement à l'isolement s'inscrit dans le prolongement de ce que le Conseil a pu valider dans le passé. D'autre part, la censure concernant les contrats de travail se limite à la seule rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée. Enfin, le Conseil n'amorce aucune autre atténuation à l'égard de dispositions qui, pourtant, mettent en cause la liberté d'aller et de venir, confirmant donc sa jurisprudence axée sur la préservation de la santé, au détriment d'autres droits et libertés, pourtant essentiels.

Ainsi, en premier lieu, le Conseil déclare que le mécanisme de placement à l'isolement d'une personne contaminée est contraire à l'article 66 de la Constitution, car il s'applique de plein droit, « *sans décision individuelle fondée sur une appréciation de l'autorité administrative ou judiciaire* » (paragr. 116), donc sans garantie que « *la mesure privative de liberté [instituée] soit nécessaire, adaptée et proportionnée* » (paragr. 117). Cette conclusion s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la garantie de la liberté individuelle par l'article 66, dès lors que le placement à l'isolement excède 12 heures par tranche de 24 heures⁽¹¹⁾. Il s'inscrit également dans le prolongement de la décision rendue sur le premier dispositif législatif relatif au placement à l'isolement ou en quarantaine, lequel ne prévoyait l'intervention de l'autorité judiciaire qu'après un délai de 14 jours, mais validait le mécanisme, car « *les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement sont prononcées par décision individuelle motivée du préfet sur proposition du directeur général de l'agence régionale de santé* »⁽¹²⁾. Par la décision sur le passe sanitaire, le Conseil ne fait donc pas tant prévaloir la nécessaire intervention de l'autorité judiciaire que l'exigence d'une appréciation personnelle de la situation de l'intéressé : la garantie des droits y gagne, mais c'est insuffisant pour y voir un infléchissement jurisprudentiel quant à la préservation de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

En deuxième lieu, pour censurer le mécanisme permettant de rompre avant l'échéance du terme un contrat de travail à durée déterminée d'un salarié qui ne serait pas en mesure de présenter un passe sanitaire valide alors qu'il y est tenu, le Conseil retient une violation du principe d'égalité entre les salariés, en fonction de la nature du contrat qui les lie à leur employeur (à durée déterminée ou à durée indéterminée, ceux relevant de cette seconde catégorie ne pouvant pas faire l'objet d'une rupture du contrat de travail). Il fait ici une application très classique de sa jurisprudence en matière de principe d'égalité, retenant 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* » (paragr. 49). Alors que la loi réserve un traitement différent entre les salariés en contrat à durée indéterminée et ceux en contrat à durée déterminée ou de mission, il relève que ces deux catégories de salariés « *sont dans des situations différentes* » (paragr. 76).

En revanche, cette première condition étant nécessaire, mais pas suffisante, il vérifie que cette différence de traitement est en lien direct avec l'objet de la loi. Or l'objectif d'imposer aux salariés de présenter un passe sanitaire est de limiter la contamination : au regard de cet objectif, la différence de traitement ne joue point, car « *les salariés, qu'ils soient sous contrat à durée indéterminée ou en contrat à durée déterminée ou de mission, sont tous exposés au même risque de contamination ou de transmission du virus* » (paragr. 77). Le dispositif permettant l'interruption d'un contrat de travail à durée déterminée est donc contraire à la Constitution et censuré, mais sa suspension demeure possible.

Si ce raisonnement et sa conséquence nécessaire se justifient pleinement, la validation sans réserve aucune du dispositif permettant que le contrat de travail d'un salarié ne présentant pas de passe sanitaire, alors qu'il y est obligé, soit suspendu avec interruption du versement de la rémunération s'expose davantage à la critique. En se bornant à prévoir la suspension du contrat de travail et de la rémunération, la loi demeure totalement silencieuse sur les conditions de subsistance du salarié concerné. Une telle suspension l'expose pourtant à la précarité et la jurisprudence constitutionnelle relative au droit à l'emploi, lequel découle du Préambule de 1946⁽¹³⁾ et de l'article 34 de la Constitution⁽¹⁴⁾, impose au législateur de s'efforcer « *de remédier à la précarité de l'emploi* »⁽¹⁵⁾. En l'espèce, le Conseil ne tient nullement compte de la précarité à laquelle serait exposé le salarié concerné, faisant prévaloir la nécessité de préserver la santé et retenant que le dispositif prévu vise à limiter la propagation de l'épidémie tout en permettant au salarié de recouvrer ses droits et sa rémunération dès lors qu'il présente un passe sanitaire.

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel demeure hostile à tout infléchissement de sa jurisprudence relative à la crise sanitaire, alors que certaines dispositions de la loi auraient mérité, si ce n'est une censure, du moins une précision. On peut en retenir essentiellement deux.

D'une part, le passe sanitaire est exigé pour « *les activités de loisirs* », notion que le Conseil avait validée lors de l'examen de la première loi instituant le passe sanitaire, retenant qu'elle n'était « *ni imprécise ni ambiguë* »⁽¹⁶⁾, non sans indiquer qu'elles ne pouvaient inclure « *une activité politique, syndicale ou culturelle* »⁽¹⁷⁾, ce qu'il confirme ici (paragr. 42). Cependant, cette loi du 31 mai 2021 limitait l'application du passe sanitaire aux établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes, ce qui excluait *de facto* un grand nombre d'activités de loisirs. En souscrivant exactement au même raisonnement, sans émettre aucune réserve alors que cette limitation a désormais disparu, il existe un risque que le passe sanitaire puisse être imposé pour la moindre activité (nautique, sortie en randonnée, promenade en forêt sur des sentiers balisés, partie de tennis en plein air, ou, simplement, un accès à la plage), portant dès lors une atteinte excessive à la liberté d'aller et de venir. Certes, la loi impose le respect du principe de proportionnalité, mais son contrôle appartient désormais au juge administratif, là où il aurait pu être balisé par le juge constitutionnel, sans que la préservation de la santé s'en retrouvât anéantie. D'autant plus que le rôle et la jurisprudence du Conseil d'État en cette matière laissent circonspect. En effet, alors que le Gouvernement avait décidé d'étendre l'application du passe sanitaire, avant même l'entrée en vigueur de la loi⁽¹⁸⁾, le Conseil d'État, saisi en référé de ce décret qui contredisait manifestement la législation en vigueur, laquelle restreignait expressément l'application du passe sanitaire aux « *grands rassemblements de personnes* »⁽¹⁹⁾, l'a validé pour des rassemblements de cinquante personnes et plus, soit motif que la modification de la loi « *doit intervenir à très court terme* », soit au nom de la théorie des circonstances exceptionnelles⁽²⁰⁾, que le décret lui-même visait expressément.

D'autre part, le Conseil constitutionnel valide -- là encore, sans réserve aucune -- l'application du passe sanitaire pour accéder aux centres commerciaux, s'écartant ainsi de l'analyse du Conseil d'État qui avait émis un avis négatif sur le sujet⁽²¹⁾. Ce n'est évidemment pas la première fois que les analyses des deux Conseils divergent, mais on doit admettre qu'un tel dispositif soulève un doute véritable au regard de son efficacité et de son applicabilité et, surtout, emporte non seulement une restriction à la liberté d'aller et de venir, y compris pour des activités du quotidien (dès lors que les centres commerciaux abritent des commerces de première nécessité, voire des centres de vaccination, dont il est prévu par la loi que l'accès soit préservé, rendant le dispositif d'autant plus difficilement applicable), mais aussi à la liberté d'entreprendre (eu égard aux surcoûts engendrés par le contrôle des passes, que doivent supporter les gérants des centres). Cette mesure ne fut finalement appliquée que très temporairement, le Gouvernement annonçant dès le 6 septembre que l'exigence du passe sanitaire dans les centres commerciaux serait levée à compter du 8 septembre.

En quatrième et dernier lieu, dans sa décision du 9 novembre 2021, le Conseil valide la possibilité d'exiger le passe sanitaire jusqu'au 31 juillet 2022, afin de couvrir la période électorale et le changement de législature. C'est ainsi la première fois qu'un régime d'exception est décidé par le législateur, pour une telle durée (presque 9 mois), emportant, au nom de la vigilance sanitaire, une diminution de la vigilance parlementaire⁽²²⁾. En outre, le Conseil juge que la possibilité qui était offerte aux directeurs des établissements d'enseignement scolaire d'accéder à des informations médicales des élèves et de procéder à leur traitement porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée (paragr. 38 à 41). Cependant, là encore, la censure était inévitable tant les conditions envisagées auraient permis que quiconque puisse contrôler ces données médicales, dès lors qu'il était habilité par le directeur de l'établissement.

En définitive, au terme de presque deux ans de crise sanitaire et de jurisprudence en cette matière, sauf à ce que la loi conduise à un pouvoir quasiment illimité, synonyme d'arbitraire potentiel, l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé est bien devenu le référent normatif cardinal, permettant de restreindre tous les autres droits et libertés constitutionnellement garantis, voire de les suspendre (avec le confinement strict)

Une Arcelorisation au service d'une analyse « hors sol »

Décision n° 2021-940 QPC du 15 octobre 2021, *Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée]*, par E. [Cartier]

Alors que la question de l'emploi de la force publique par l'exécutif interpelle dans une société civile de plus en plus violente, le Conseil constitutionnel donne corps pour la première fois à la catégorie des « règles et principe inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » (RPIICF) en y rattachant, au visa de l'article 12 de la DDHC, « *l'interdiction de déléguer à des personnes privées des prérogatives de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique* ». Le caractère inédit de cette décision de conformité tient non seulement à l'identification du premier PIICF, mais aussi à la formulation retenue par le Conseil dans le cadre du contentieux de la QPC.

Cette décision constitue le dernier acte d'un contentieux initié par la société Air France contre le ministère de l'Intérieur, suite à sa condamnation à de lourdes amendes administratives pour défaut d'acheminement d'étrangers expulsés sur le fondement des articles L 213-4 et L 625-7 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Ces deux articles transposaient la directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen et à « *préciser certaines conditions relatives à leur application* ». La société, après avoir contesté les amendes devant le TA et la CAA de Paris avant de se pourvoir devant le Conseil d'État et de soulever une QPC à cette occasion, justifiait le débarquement de certains passagers par le risque que présentait leur comportement pour la sécurité des vols concernés, conformément aux pouvoirs reconnus au commandant de bord par le Code des transports⁽²³⁾. Elle écartait par ailleurs la

possibilité de recourir à une société de sécurité privée en raison des mesures de contrainte physique nécessaires, lesquelles relevaient selon elle de l'usage de la force publique, par nature non déléguable à une personne privée, ainsi que l'avait déjà affirmé le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2019-810 QPC à l'initiative d'Air France, à propos du contrôle du débarquement sur le territoire national des étrangers en situation irrégulière⁽²⁴⁾.

Plusieurs moyens pertinents s'ajoutaient au principe d'indisponibilité de la force publique dans la sphère privée : la violation des principes du droit à la sûreté, de la responsabilité personnelle, de l'égalité devant les charges publiques, de l'incompétence négative, de la compétence de l'autorité judiciaire et du droit d'asile. Contrairement à la décision n° 2019-810 QPC, les dispositions législatives en cause furent rattachées par le Conseil à la catégorie de celles se contentant de « *tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises* » du droit de l'UE (ici la directive du 28 juin 2001), ce qui modifiait dès lors le prisme du contrôle de constitutionnalité. Il reposait, conformément à la jurisprudence constante du Conseil relative à cette catégorie de loi, sur son incompétence, à l'exception de la violation d'une RPIICF, catégorie de normes qu'il n'a mobilisée jusqu'ici que de manière virtuelle⁽²⁵⁾. Le même principe, invoqué en tant que simple principe constitutionnel dans la décision n° 2019-810 QPC, se voit ici revêtu de la qualité de PIICF, contrairement aux autres moyens, écartés du contrôle.

Sa seule qualité de PIICF ne suffisait cependant pas à lui donner droit de cité dans le cadre du contentieux de la QPC. En effet, c'est la connexion de ce principe, consistant *a priori* en une simple norme de compétence exclusive avec les « *droits et libertés que la Constitution garantit* »⁽²⁶⁾, qui lui confère son caractère opérant dans ce champ contentieux. La lettre de l'article 12 de la DDHC établit très clairement ce lien, disposant que « *la garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique* ». Outre la reconnaissance du premier PIICF, l'originalité de cette décision réside surtout dans la mobilisation de la théorie de la protection équivalente des droits et libertés révélatrice d'une *Arcelorisation* de la jurisprudence du Conseil.

En effet, plutôt que de s'inscrire dans un contrôle monosystémique de la violation des droits et libertés fondamentaux, le Conseil mobilise, au travers de la définition même de la catégorie des PIICF, une approche pluraliste des normes de contrôle afin de parvenir à la conclusion de la présence d'un tel principe : « *une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ». La notion de « protection équivalente » relève du vocabulaire courant des rapports intersystémiques caractérisés par la multiplication des systèmes normatifs de protection des droits fondamentaux. Initiée par le juge interne (avec le fameux arrêt *Solange*⁽²⁷⁾ de la Cour de Karlsruhe) puis européen (avec les arrêts *Kadi*⁽²⁸⁾ et *Bosphorus*⁽²⁹⁾), elle conduit, sur le plan interne, à suspendre le contrôle des actes étatiques mettant en œuvre le droit de l'UE par le juge interne tant que le droit de l'UE garantit une protection équivalente au droit constitutionnel et/ou conventionnel (sur le plan matériel et procédural) des droits fondamentaux.

En France, cette position a été pendant longtemps véhiculée exclusivement par le Conseil d'État avec son fameux arrêt *Arcelor*⁽³⁰⁾ dont le dernier *opus*, en date du 21 avril 2021, a manifestement inspiré la formule retenue par le Conseil constitutionnel. Le premier, dans cet arrêt, rendu à propos de l'obligation de conservation généralisée des données de connexion pesant sur les opérateurs de télécommunication à des fins de lutte contre la criminalité et le terrorisme, se contentait cependant de mobiliser de simples « exigences constitutionnelles » sans se référer expressément à la catégorie des RPIICF tout en soulignant, à la différence du Conseil constitutionnel, le lien entre les articles 12 et 16 de la DDHC à propos de la garantie des droits⁽³¹⁾. Cette position, fruit d'une conception pluraliste de la garantie des droits est désormais intégrée spécifiquement par le Conseil constitutionnel dans la définition même de la catégorie des RPIICF. Il reste cependant assez sibyllin quant à l'analyse comparative qui sous-tend l'identification de ces normes et quant au degré de protection comparé dont elles bénéficient (au-delà du constat plus simple de l'absence de protection dans le droit de l'UE), comme en ce qui concerne la distinction entre les opérations matérielles concourant techniquement à l'exercice de la force publique et celles qui y participent plus directement et devraient dès lors être constitutionnellement exclues de toute dévolution à la sphère privée⁽³²⁾. Une telle analyse aurait par ailleurs pu ou dû nécessiter un renvoi préjudiciel en interprétation à la CJUE, ce qu'écarte implicitement le Conseil⁽³³⁾ qui appréhende l'obligation en cause « hors-sol » (si on nous pardonne le jeu de mots), constatant à son sens qu'elle n'implique à l'égard des personnes visées par des mesures de police administrative « *que de prendre en charge ces personnes et d'assurer leur transport* », indiquant qu'elles n'ont « *ni pour objet ni pour effet de mettre à la charge de ces entreprises une obligation de surveiller la personne devant être réacheminée ou d'exercer sur elle une contrainte* ».

En définissant de manière restrictive et peu motivée les obligations découlant du texte en cause et de sa source européenne sur lesquelles s'appuient les amendes administratives, le Conseil clarifie néanmoins le régime de responsabilité de l'opération de réacheminement lorsque le comportement d'un passager « *sans escorte* »⁽³⁴⁾ nécessite de telles mesures, avant le décollage ou en cours de vol, la police de l'air et des frontières (PAF) se contentant dans cette hypothèse d'accompagner l'individu jusqu'à l'avion, confiant ensuite la gestion du passager à l'équipage et à son commandant de bord. Le recours à une société de sécurité privée n'est par ailleurs pas une obligation pour la compagnie aérienne, l'opération de surveillance et de contrainte étant exclusivement du ressort et de la responsabilité de l'État. On soulignera ici la difficulté d'articulation de principe dans le cadre d'une telle opération de police administrative avec les pouvoirs reconnus au commandant de bord par le Code des transports, qui permet justement à une personne privée de prendre des mesures coercitives (le débarquement discrétionnaire, précédé de la maîtrise physique de l'individu avant prise en charge par la PAF⁽³⁵⁾) à l'encontre d'un passager qui présenterait « *un danger pour la sécurité, la santé, la salubrité ou le bon ordre à bord de l'aéronef* ». Ces prérogatives ne sont-elles pas « *publiquement* » colorées lorsqu'elles s'inscrivent dans ce cadre, à la différence de l'hypothèse où elles

concernent un passager lambda ? Il reviendra aux juges administratif et judiciaire de faire le tri.

Se pose bien entendu la question des potentialités tant juridiques que politiques de cette consécration d'un premier PIICF dans le cadre de la QPC. On pense notamment à d'autres types d'activités matérielles rattachables à un monopole constitutionnel de la personne publique en lien avec l'exercice de missions pouvant être considérées comme le corollaire nécessaire de la souveraineté. Ainsi pourrait-il en être de l'activité de recouvrement de l'impôt, en dehors de ses aspects purement techniques. Potentiellement, les déclinaisons de ce principe à propos de certains services publics régaliens (dont certains issus du Préambule de 1946) pourraient constituer un frein aux ambitions libérales européennes, la protection de tels services constituant en elle-même une spécificité française potentiellement constitutive de son identité constitutionnelle, par définition absente du droit de l'UE comme de la plupart des droits constitutionnels des États membres. Au-delà des déclinaisons de ce PIICF, cette nouvelle définition reposant sur la protection équivalente ouvre le champ à la reconnaissance de RPIICF dans d'autres domaines comme la protection de la langue française.

Du droit du sol à un droit du sang

Décision n° 2021-954 QPC du 10 décembre 2021, *Mme Fatma M. [Effet collectif de la déclaration reconnaitive de nationalité française]*, par E. [Cartier]

Cette décision emportant non-conformité totale du 1° de l'article 153 du Code de la nationalité française (CNF), dans sa rédaction issue de la loi 60-752 du 28 juillet 1960, abrogée par la loi 73-42 du 9 janvier 1973, s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle empruntée par le Conseil constitutionnel depuis 2014 à propos du droit de la nationalité⁽³⁶⁾, tant par le dispositif législatif visé (l'acquisition de la nationalité française) que par les moyens et textes constitutionnels mobilisés (le principe d'égalité devant la loi via l'article 6 de la DDHC et le principe d'égalité entre les hommes et les femmes via le troisième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946). L'intérêt de cette décision, outre la question mémorielle qu'elle soulève, à quelques mois de l'anniversaire des accords d'Évian, réside dans un contexte marqué par une sensibilisation accrue de la société aux inégalités de genre, dans l'importance du toilettage opéré par le Conseil constitutionnel dans une branche du droit très perméable aux conceptions des rapports entre les hommes et les femmes dans la société. Par ailleurs, le droit de la nationalité, malgré son évolution relativement progressiste⁽³⁷⁾ et les abrogations successives de ses dispositifs les plus controversés sur ce point, à défaut d'être rétroactif, demeure opposable aux individus dont la situation juridique actuelle et les droits qui en découlent sont conditionnés par le droit applicable à l'époque à leurs ascendants, parfois sur plusieurs générations. Le Conseil constitutionnel est alors obligé, dans le strict cadre de son office – en particulier de la portée *erga omnes* de ses décisions – d'opérer une sorte de « retour vers le futur » en se plongeant non seulement dans la lettre, mais aussi dans l'esprit de textes, parfois très anciens – y compris parfois leur jurisprudence constante – qu'il est amené à confronter à des droits et libertés mobilisés parfois de manière anachronique⁽³⁸⁾.

L'article 13 du CNF disposait qu'en cas d'accession à l'indépendance d'un territoire français, les personnes domiciliées dans ce territoire perdaient la nationalité française au profit de la nationalité du nouvel État, à moins d'établir effectivement leur domicile hors dudit territoire. Afin de limiter les effets de cette perte automatique de nationalité, la loi en cause établissait (à l'article 152 du CNF) une procédure inédite de « *déclaration de reconnaissance de la nationalité française* » reçue par le juge français. En Algérie⁽³⁹⁾, les Français de statut civil de droit commun conservaient de plein droit la nationalité française, les autres ayant le statut civil de droit local (musulman). Cette déclaration était ouverte aux personnes majeures, puis à leurs descendants ayant atteint l'âge de dix-huit ans avant le 22 mars 1967. L'article 153 du CNF limitait l'effet « *collectif* » (applicable aux descendants) à la seule déclaration souscrite par le père, sauf « *prédécess* » de ce dernier. La requérante, née en Algérie en 1950 et de nationalité algérienne, contestait, via une QPC soulevée devant le tribunal judiciaire de Paris, l'effet asymétrique de la reconnaissance de nationalité (opérée par sa mère durant sa minorité le 24 janvier 1963) opposé par le ministère public à sa demande de certificat de nationalité française.

Le principe d'égalité comporte de nombreuses atténuations, notamment lorsque, selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, elles peuvent s'appuyer sur des « *raisons d'intérêt général* » et que « *la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁽⁴⁰⁾. Il suppose pour le juge d'identifier dans la loi les objectifs ayant guidé le choix desdites atténuations sous la forme de dérogations ou de traitement différencié, y compris de genre⁽⁴¹⁾. En l'occurrence, le droit de la nationalité est souvent guidé par des objectifs très ancrés dans le contexte démographique, économique, voire géopolitique, conduisant parfois à de telles discriminations⁽⁴²⁾. Ainsi, les observations du Gouvernement mettaient-elles en avant l'objectif de préservation de l'unité familiale visant à éviter que les individus appartenant à une même cellule familiale puissent voir leur nationalité différer, mobilisant à cette fin certains textes onusiens similaires relatifs à la succession d'États. Tout en reprenant à la lettre l'objectif mentionné par le Gouvernement dans ses observations, sans se prononcer sur sa nature juridique, le Conseil, sans surprise, écarte non seulement la différence de traitement créée par la loi, mais ajoute qu'elle ne repose pas non plus sur une différence de situation. On notera que cette précision, qui n'était pas nécessaire en l'espèce pour obtenir l'invalidation de la discrimination sur le fondement du principe d'égalité, renforce la rigueur du contrôle de l'égalité entre les femmes et les hommes, aboutissant ainsi à gommer la différence sexuelle pour ne retenir ici que le sujet de droit abstrait.

Suivant la demande de l'avocat de la requérante, le Conseil accepte par ailleurs de donner un effet étendu (mais non maximal) à sa déclaration

d'inconstitutionnalité. On louera en effet ici le souci de l'effet utile de la QPC dont témoigne le Conseil qui, tout en constatant le caractère manifestement excessif des conséquences attachées à l'invocabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité « *par tous les descendants d'un enfant légitime qui ne s'est pas vu reconnaître la nationalité française du fait que la déclaration reconnaitive de nationalité a été souscrite uniquement par sa mère* », précise, au bénéfice de la requérante et des individus placés dans la même situation, qu'elle sera invocable « *par les enfants légitimes dont la mère a souscrit, dans les délais prescrits, une déclaration reconnaitive de nationalité sur le fondement de l'article 152 du code de la nationalité française alors qu'ils étaient mineurs, âgés de moins de dix-huit ans et non mariés* », ajoutant, conformément à l'effet collectif qui devrait découler de la restauration de l'égalité du dispositif législatif, que leurs descendants peuvent également se prévaloir des décisions de justice reconnaissant à ces enfants la nationalité française sur ce fondement. Plutôt que de restreindre les bénéficiaires aux seuls individus à une instance en cours comme à son habitude, le Conseil tire les conséquences logiques de l'affirmation précédente, ouvrant les revendications aux « *instances en cours ou à venir* », tout en prononçant une non-conformité totale, sans effet différé, à la différence des décisions à l'occasion desquelles il avait eu l'occasion de mobiliser la formule, jusqu'ici à l'appui de réserves transitoires ⁽⁴³⁾. Il fait ainsi coïncider la Justice avec le droit pour des hypothèses non négligeables malgré les conditions d'invocabilité posées au paragraphe 14 ⁽⁴⁴⁾.

(1) * Professeur agrégé des facultés de droit à l'Université de 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 *Jurisdoctoria*, auteur du blog *La Constitution décodée*.

(2) ** Professeur agrégé des facultés de droit à l'Université de 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.

(3) Cons. const., déc. n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021, *Loi relative à la bioéthique*.

(4) Cons. const., déc. n° 2021-825 DC du 13 août 2021, *Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*.

(5) Cons. const., déc. n° 2021-823 DC du 13 août 2021, *Loi confortant le respect des principes de la République*.

(6) Cf. cette chronique, *Titre VII*, n° 7 (oct. 2021), [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droits-fondamentaux-et-libertes-publiques-janvier-a-juin-2021#garantir-la-liberte-sans-lasservir>].

(7) Cons. const., déc. n° 2020-805 DC du 7 août 2020, *Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine*.

(8) Cons. const., déc. n° 2017-691 QPC du 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]* et n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018, *M. Rouchdi B. et autre [Mesures administratives de lutte contre le terrorisme]* ; cette chronique, *Titre VII*, n° 1 (sept. 2018), [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droits-fondamentaux-et-libertes-publiques>].

(9) Cons. const., déc. n° 2021-822 DC du 30 juillet 2021, *Loi relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement*, paragr. 22.

(10) Cf. cette chronique, *Titre VII*, n° 5 (oct. 2020), [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droits-fondamentaux-et-libertes-publiques-janvier-2020-a-juin-2020>].

(11) Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*.

(12) Cons. const., déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, paragr. 37.

(13) Alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Cet alinéa garantit ainsi le droit constitutionnel à l'emploi et, plus spécifiquement, assure des garanties en matière d'emploi salarié.

(14) « *Il incombe au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, de poser des règles propres à assurer, conformément au cinquième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre* » (Cons. const., déc. n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, Rec. p. 50, consid. 19).

(15) *Ibidem*.

- (16) Cons. const., déc. n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, paragr. 18.
- (17) *Ibidem*.
- (18) Décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* du 20 juillet 2021, texte n° 16.
- (19) Article 1^{er}, II, 2° de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, *JORF* du 1^{er} juin 2021, texte n° 1 (dans sa version en vigueur à l'époque).
- (20) CE, ord. 26 juillet 2021, req. n° 454792 et 454818, *SACD et autres* et req. n° 454754, *M. B... et autres*.
- (21) Avis du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, du 19 juillet 2021, n° 403629, § 17.
- (22) En 2016, alors qu'il s'agissait de couvrir une même période électorale, l'état d'urgence - toujours en vigueur - ne fut prolongé que de sept mois, Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF*, 20 décembre 2016, article 1^{er}.
- (23) Article L. 6522-3 du Code des transports.
- (24) Cons. const., déc. n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, *Société Air France [Responsabilité du transporteur aérien en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national]*
- (25) Cons. const., déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*
- (26) Qui conditionne le type de moyens invocables dans le cadre de la QPC.
- (27) BVerfGE, 29 mai 1974, *Solange*, 37.271
- (28) CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, n° C-402/05
- (29) CEDH, *Bosphorus Airways c. Irlande*, req. n° 45036/98
- (30) Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110
- (31) Conseil d'État, 21 avril 2021, *French Data Network et autres*, n° 393099, Publié au Lebon.
- (32) Ainsi que le Conseil l'avait depuis longtemps précisé, à propos de l'obligation pour les opérateurs de télécommunications téléphoniques, de « *mettre en place et de faire fonctionner les dispositifs techniques permettant les interceptions justifiées par les nécessités de la sécurité publique* », déc. n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*.
- (33) Pouvant en la matière inscrire ce non-recours au renvoi préjudiciel dans la théorie de l'acte clair, CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81.
- (34) Distinct des passagers avec escorte décidée par la PAF, mais que le commandant de bord peut toujours refuser d'embarquer.
- (35) Le commandant de bord peut demander à son équipage, dans les cas extrêmes, d'utiliser des liens de contention.
- (36) Cons. const., déc. n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes]* et n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018, *M. Jaime Rodrigo F. [Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français]*
- (37) Pour une vision nuancée, v. L. Roques, « La politisation du droit de la nationalité », *Plein droit*, 2008/4.
- (38) Cf. cette chronique, *Titre VII*, n° 2 (avr. 2019), [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droits-fondamentaux-et-libertes-publiques-0>]
- (39) Conformément à l'Ordonnance n° 62-825 du 21 juillet 1962.

(40) Cons. const., déc. n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*.

(41) Pour exemple, Cons. const., déc. n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes]*, à propos de l'objectif de lutte contre les tentatives d'échapper à la conscription (non-conformité).

(42) Cons. const., déc. n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, *Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère - Égalité entre les sexes]* ; décision n° 2018-737 QPC du 5 octobre 2018, *M. Jaime Rodrigo F. [Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français]*, voir cette chronique, *op. cit.*

(43) Élargissement des bénéficiaires opéré pour la première fois en 2016, réitéré 6 fois depuis la déc. n° 2016-588 QPC du 21 octobre 2016, *Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre [Choix de l'EPCI à fiscalité propre de rattachement pour les communes nouvelles]*

(44) Suite à une question de Mme Lottin, le représentant du Gouvernement évoque le chiffre de 15.094 femmes concernées (Algérie, AOF et Madagascar) ainsi que leur descendance.

Citer cet article

Jean-Philippe DEROSIER ; Emmanuel CARTIER. « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (juillet à décembre 2021) », Titre VII [en ligne], n° 8, *Les catégories de normes constitutionnelles*, avril 2022. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droits-fondamentaux-et-libertes-publiques-juillet-a-decembre-2021>