

La reconnaissance du principe de fraternité par le juge constitutionnel français : révolution ou poursuite d'une évolution ?

Xavier Philippe

DANS **REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME** 2019/3 N° 119 , PAGES 565 À 578
ÉDITIONS **ANTHEMIS**

ISSN 0777-3579

DOI 10.3917/rtdh.119.0565

Date de mise en ligne : 28/02/2022

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-trimestrielle-des-droits-de-l-homme-2019-3-page-565?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Anthemis.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

La reconnaissance du principe de fraternité par le juge constitutionnel français : révolution ou poursuite d'une évolution ?

PAR

Xavier PHILIPPE

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Co-directeur du centre Sorbonne Constitutions & Libertés, CNRS UMR 8103 ISJPS

Professeur extraordinaire à l'Université du Western Cape (Le Cap – Afrique du Sud)

Résumé

Le Conseil constitutionnel français a reconnu pour la première fois en 2018 dans la décision *Cedric H.* l'opposabilité du principe de fraternité consacré par la Constitution de 1958. Cette reconnaissance marque une avancée de la protection des droits et libertés fondamentaux mais invite à la modération quant à la portée d'un tel principe qui reste indéfini dans nombre de ses contours. Au-delà de cette consécration, cette décision révèle les difficultés de la logique ambiguë de la question prioritaire de constitutionnalité et de son cadre d'exercice, notamment quant à ses effets dans le cadre d'un contentieux concret.

Abstract

The French Constitutional Court delivered in 2018 the *Cedric H. case* recognising for the first time the direct enforceability of the “Constitutional principle of brotherhood” as entrenched in the 1958 Constitution. This leading case represents a step forward in terms of improvement and better protection of fundamental rights and freedoms. However, the scope of such a principle should not be overexaggerated as most of its limits remained undefined. Beyond the recognition of the principle of brotherhood, this case unfolds the difficulties and the ambiguous logics of the priority preliminary rulings procedure, especially regarding its effects in terms of concrete constitutional review.

Il est peu de dire que la décision *Cédric H.* rendue le 6 juillet 2018 par le Conseil constitutionnel¹ aura suscité autant d'intérêts que de désaccords de la part de la doctrine, au point souvent qu'à la lecture de l'ensemble des contributions², on en oublierait presque le contenu de son dispositif. Elle aura fait l'objet des observations les plus diversifiées et opposées : n'allant pas assez loin pour les uns ou créant au contraire une nouvelle source d'insécurité juridique pour les autres.

Pourtant, le Conseil constitutionnel consacre par cette décision le principe constitutionnel de fraternité, ce qu'il n'avait encore jamais fait auparavant. Si l'on pouvait subodorer qu'il le ferait un jour, tant en raison de la présence répétée de ce principe dans l'arsenal des normes constitutionnelles que de la logique de sa jurisprudence antérieure, il opère ici une consécration officielle du dernier élément du triptyque de la devise de la République³. À côté de la liberté et de l'égalité, la fraternité prend donc place parmi les principes constitutionnels opérationnels et peut être invoquée à l'appui d'un recours en inconstitutionnalité d'une disposition législative.

¹ Cons. const., décision n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. e.a.*, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm.

² Voy. notamment, parmi les nombreuses contributions, P. LIGNIÈRES, « Fraternité : le Conseil constitutionnel ne peut plus se contenter de coups d'éclat », *Dr. adm.*, août-septembre 2018, n°s 8-9, pp. 1-2; C. SAAS, « Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité », *Dall.*, 4 octobre 2018, n° 34, pp. 1894-1898; J. ROUX, « Fraternité : nouveau principe à valeur constitutionnelle », *Dall.*, 27 septembre 2018, n° 33, p. 1856; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain », *A.J.D.A.*, 24 septembre 2018, n° 31, pp. 1781-1786; V. TCHEN, « La fraternité en droit des étrangers : un principe qui manquait ? », *A.J.D.A.*, 24 septembre 2018, n° 31, pp. 1786-1790; M. BORGETTO, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel », *J.C.P.*, éd. G, 23 juillet 2018, n°s 30-35, pp. 1487-1496; H. PAULIAT, « La fraternité terrasse (pour partie) le délit de solidarité », *J.C.P.*, éd. A, 16 juillet 2018, n° 28, pp. 4-5; D. MAZEAUD, « Fraternité, le Conseil constitutionnel écrit ton nom... », *J.C.P.*, éd. G, 16 juillet 2018, n° 29, p. 1393; D. ROUSSEAU, « Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe ! », *Gaz. Pal.*, n° 26, pp. 12-13; J.-E. SCHOETTL, « Fraternité et Constitution », *Rev. fr. dr. adm.*, septembre-octobre 2018, n° 5, pp. 959-973; M. VERPEAUX, « Constitutionnalisation et Constitution », *Rev. fr. dr. adm.*, septembre-octobre 2018, n° 5, pp. 966-973; Ch.-H. DE GAUDEMONT, « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger », *Constitutions*, avril-juin 2018, n° 2018-2, pp. 341-342; S. SLAMA, « La fraternité est constitutionnelle mais la solidarité reste un délit », *AOC*, 13 juillet 2018, <https://aoc.media/analyse/2018/07/13/fraternite-constitutionnelle-solidarite-reste-delit>; B. MATHIEU, « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », *Constitutions*, juillet-septembre 2018, n° 2018-3, p. 389.

³ Voy., pour une analyse approfondie et antérieure à la décision commentée : M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993.

Cette décision présente cependant une difficulté pour l'observateur car elle génère un débat de fond sur la reconnaissance, assez sibylline il faut le dire, du principe constitutionnel de fraternité dans un cadre distinct de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée au Conseil constitutionnel. En effet, cette décision constitue l'épilogue d'une affaire qui dépasse de loin cette seule espèce, voire le seul contentieux de l'aide apportée aux étrangers en situation irrégulière à l'origine de la reconnaissance de ce principe.

La question de l'immigration a nourri en France, durant cette dernière décennie, nombre de débats et d'oppositions alimentés tant par les partis politiques que par les associations militantes, le tout sur fond de crise internationale ayant généré des mouvements migratoires liés à l'exode de populations civiles poussées hors de chez elles par des conflits armés, parfois violents. Ce contexte a créé des situations tendues qui ont ému l'opinion – notamment avec ce qui fut dénommé la « jungle de Calais »⁴ – et généré un clivage entre une partie de la population réclamant un contrôle renforcé de l'immigration engendrant une attitude plus dure à l'égard des étrangers en situation irrégulière et une autre partie davantage encline à favoriser la protection des personnes en s'assurant que toute personne, quel que soit son statut, puisse bénéficier de secours et d'assistance et être traitée de façon humaine. Le législateur n'a cessé de modifier et d'adapter la législation de façon à rendre plus efficace la lutte contre l'immigration clandestine en renforçant les sanctions à l'encontre des personnes qui se livreraient à une activité d'aide et de soutien à l'entrée et au séjour d'étrangers en situation irrégulière sur le territoire national. Ceci ne constitue pas en soi une situation inédite et, sur ce point, la législation française, sans être la plus généreuse, n'en est pas moins en phase avec celle de nombre d'autres États.

Le problème se situe davantage dans les raisons – les pénalistes diraient le mobile – de l'aide apportée aux personnes en situation irrégulière. Certaines aides sont clairement illégales et menées en toute connaissance de leur illégalité, comme par exemple l'aide apportée en contrepartie d'une rémunération substantielle. D'autres sont menées de façon totalement désintéressée et sans considération de l'origine de la personne ni de sa situation juridique. Enfin, certaines peuvent être difficiles à classer dans la mesure où elles sont menées en suspicion de leur illégalité sans pour autant être menées ou générées dans le but de commettre l'infraction.

⁴ Voy. C.E. (fr.), décision n^{os} 412125 et 412171, *Commune de Calais*, 31 juillet 2017, www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Conseil-d-Etat-31-juillet-2017-Commune-de-Calais-Ministre-d-Etat-ministre-de-l-Interieur.

Telle était la situation de MM. Herrou et Mannoni qui avaient été condamnés tous les deux par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pour avoir fourni de l'aide à des migrants dans la région frontalière avec l'Italie. Ils avaient pourtant soulevé les exceptions pénales qui permettaient de ne pas être poursuivi pour délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger réprimé par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁵, mais n'avaient pas – malgré une médiatisation importante – obtenu gain de cause. Ils s'étaient pourvus en cassation et avaient soulevé chacun une QPC transmise par la Cour de cassation à la fois en raison de son caractère sérieux, mais également compte tenu du caractère nouveau de la question posée. À côté des principes de « nécessité des délits et des peines » et d'égalité, ils invoquaient la méconnaissance du principe de fraternité.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision plus mesurée que les interprétations qui ont pu en être données, consacre le principe de fraternité mais reconnaît également que ce principe doit se concilier avec d'autres principes de même valeur et qu'il ne peut recevoir une valeur absolue. Il applique aux contentieux en cours les conséquences qu'il tire de cette inconstitutionnalité et impose au législateur de faire évoluer les dispositions relatives aux exemptions pénales au nom du respect du principe de fraternité.

La décision comporte de nombreuses facettes et il est impossible de toutes les commenter dans leur intégralité⁶. Nous voudrions ici mettre l'accent sur la reconnaissance du principe de fraternité (I), mais également sur ses conséquences à l'égard du contentieux constitutionnel des droits et libertés dans le cadre de la QPC (II).

I. La reconnaissance du principe constitutionnel de fraternité

En reconnaissant la valeur constitutionnelle du principe de fraternité, le Conseil constitutionnel a levé une ambiguïté sur sa juridicité que certains contestaient au nom de son absence de précision et de caractère normatif⁷. Il a sans conteste franchi un nouveau pas qui n'est toutefois pas sans rappeler sa démarche dans la reconnaissance d'autres principes. Au-delà de l'émotion suscitée par la décision, elle ne constitue pas pour autant la révolution apoca-

⁵ Art. L622-1 à L622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France (CESEDA).

⁶ Nous n'abordons pas ici les griefs tirés de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines et de ceux de nécessité et de proportionnalité que le Conseil constitutionnel écarte de façon classique.

⁷ Voy. M. BORGETTO, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*

lyptique annoncée ni dans un sens, ni dans l'autre. Cette reconnaissance n'est toutefois pas exempte d'ambiguïtés et d'incertitudes générées par l'indétermination des contours du principe.

A. *La consécration du principe de fraternité*

Le nouveau mode direct de rédaction des décisions initié depuis 2016 amène le Conseil constitutionnel à consacrer le principe de fraternité d'une façon très directe: dans son paragraphe n° 7, la juridiction constitutionnelle se réfère aux articles 2 et 72-3 de la Constitution de 1958 pour déclarer que «la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle». L'affirmation ne permettrait pas à un observateur extérieur de détecter qu'il s'agit de la première utilisation de ce principe dans l'histoire du contentieux constitutionnel français. C'est d'ailleurs la manière avec laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu ce principe qui surprend lors de sa lecture. La décision donne l'impression que cette reconnaissance s'impose d'elle-même puisque la fraternité figure expressément dans l'article 2 de la Constitution. Ainsi que cela a été souligné à de nombreuses reprises par les différents commentateurs⁸, les références à la fraternité ne manquaient pas tant d'un point de vue historique⁹ que normatif¹⁰. En cela, la décision s'inscrit dans la lignée des «grandes décisions», même s'il faudra probablement un certain nombre d'années pour pouvoir en mesurer précisément les effets. La consécration du principe n'en parachève pas moins l'édifice fondateur des droits et libertés fondamentaux: les trois symboles de la devise républicaine constituent aujourd'hui des principes constitutionnels opposables dont le contenu reste ouvert et qui se construisent progressivement au fil des décisions jurisprudentielles. La reconnaissance du principe de fraternité dans l'arsenal constitutionnel français rejoint donc les autres droits et libertés que la Constitution garantit, condition indispensable pour pouvoir les invoquer dans le cadre du contentieux *a posteriori*.

Pour autant, cette consécration constitue-t-elle une révolution? Il est bien difficile de l'affirmer, mais – comme souvent avec le Conseil constitutionnel – il apparaît raisonnable de ne pas trop vite s'enflammer.

⁸ Voy. *supra*, note 2.

⁹ Voy. A.-M. LE POURHIET, «Fraternité avec les migrants illégaux: le coup d'État du Conseil constitutionnel», *Le Figaro*, 11 juillet 2018.

¹⁰ Voy. M. BORGETTO, «Sur le principe constitutionnel de fraternité», *R.D.L.F.*, 2018, chron. 14.

La première difficulté repose sur la signification exacte du principe de fraternité. On peut lui trouver nombre de définitions mais rien n'indique que le Conseil constitutionnel ait lui-même une idée prédéterminée de son contenu précis et de ses contours. Le principe juridique de fraternité ne correspond pas nécessairement à sa définition philosophique ou historique. Dans la décision commentée, le Conseil se contente de souligner « qu'il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire » sans autre précision. On peut en déduire que l'aide désintéressée offerte dans un but humanitaire à un tiers se rattache à ce principe. Surgit alors une seconde difficulté : que recouvre précisément la notion d'aide humanitaire ? Là encore, on en est réduit aux suppositions car toute aide apportée à une personne sans contrepartie n'est pas nécessairement humanitaire. Si l'on reprend la définition de l'action humanitaire¹¹, celle-ci est mue par sept principes : humanité, indépendance, neutralité, impartialité, volontariat, unité et universalité. Cela pourrait entrer dans l'appréciation portée sur la qualification d'une telle aide mais rien ne dit, là encore, que le Conseil adoptera ces critères ou cette définition. Le flou demeure et la décision commentée ne le lève pas dans l'immédiat. De ce point de vue, il est possible de ressentir une certaine frustration face à l'affirmation d'un principe dont le contenu reste encore partiellement indéterminé.

Ces imprécisions ne sont cependant pas les premières rencontrées dans le contentieux constitutionnel et s'il demeure possible de critiquer cet aspect indéterminé de la décision, il faut également reconnaître que le Conseil constitutionnel est resté fidèle à la logique de sa jurisprudence quant à la place de la fraternité au sein des autres normes constitutionnelles.

Cette reconnaissance conduit ensuite le Conseil constitutionnel à examiner la demande concernant la constitutionnalité des exemptions pénales pour l'aide apportée aux migrants en situation irrégulière, au regard du principe de fraternité. Le texte initial prévoyait déjà un certain nombre d'entre elles pour les personnes apportant une aide humanitaire à des personnes se trouvant sur le territoire national. En conséquence, la question ne portait que sur le seul « séjour irrégulier » à l'exclusion de l'entrée irrégulière sur le territoire. Toutefois, le texte limitait cette exemption aux situations d'aides décrites par le texte, c'est-à-dire à « toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou

¹¹ Proclamés par la XX^e conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (Vienne, 1965), les sept principes fondamentaux révisés sont contenus dans les statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, adoptés par la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge (Genève, 1986).

de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci». Il était tout à la fois précis mais exclusif d'un certain nombre de situations parmi lesquelles l'aide à la circulation d'un étranger déjà présent sur le territoire français qui n'avait pas fait naître de situation illicite. Sur ce premier point, le Conseil constitutionnel considère qu'en se limitant au «séjour irrégulier» sans prendre en considération la circulation sur le territoire national, le législateur – selon la formule rituelle – «n'a pas assuré de conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public». S'agissant ensuite de l'énumération des prestations fournies par l'aide humanitaire, le texte rappelé ci-dessus visait un certain nombre de prestations nommément désignées (conseils juridiques, prestations de restauration...), mais incluait une clause «balai» pour toute forme d'aide visant à préserver la *dignité* ou l'*intégrité physique* de la personne en situation irrégulière. Sans invalider la disposition, le Conseil considère, par une réserve d'interprétation, que «ces dispositions ne sauraient sans méconnaître le principe de fraternité être interprétées autrement que comme s'appliquant à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire».

La mise en œuvre du principe de fraternité est donc relativement limitée puisqu'elle se bornait à enjoindre au législateur d'étendre l'exemption pénale pour des actes d'aide pour des raisons humanitaires au séjour et à la circulation sur le territoire et à préciser que ces actes ne se limitent pas aux prestations prévues dans le 3° de l'article L622-4 du Code.

La conséquence directe de la reconnaissance du principe de fraternité est donc loin d'avoir supprimé le délit de solidarité¹². Elle n'a permis que de préciser le cadre des exceptions d'aides fournies pour des raisons humanitaires. Le juge constitutionnel n'a donc pas donné au principe les effets escomptés ou redoutés. Quelques mois après qu'a été rendue cette décision, les craintes ou espoirs que la reconnaissance du principe de fraternité se traduise par un bouleversement du système de valeurs ont probablement été déçus. Le principe de fraternité a rejoint calmement les normes constitutionnelles juridiquement opposables.

¹² Voy. S. SLAMA, *op. cit.*

B. *Les limites du principe de fraternité*

Pourquoi donc le principe de fraternité n'a-t-il pas créé l'apocalypse annoncée? Probablement pour deux raisons essentielles: il n'a tout d'abord pas fait l'objet d'un traitement différent des autres normes constitutionnelles; il partage ensuite nombre de caractéristiques communes avec d'autres normes constitutionnelles tout aussi imprécises que lui.

La reconnaissance du principe de fraternité a été concomitante de sa limitation. Sur ce point, le Conseil constitutionnel est resté fidèle à sa jurisprudence traditionnelle en rappelant que la conciliation à opérer entre la protection du principe de fraternité et les nécessités de l'ordre public restait indispensable. En conséquence, imaginer que le principe de fraternité puisse être invoqué sans limite n'a jamais été à l'ordre du jour. Il s'agit d'une règle constitutionnelle que le législateur doit prendre en compte sans pour autant la placer au-dessus des autres. On peut évidemment dans le cas de l'immigration illégale y voir un atermolement du principe de souveraineté¹³ dans la mesure où l'aide humanitaire prodiguée au nom du principe de fraternité-solidarité génère une atteinte au contrôle de l'État sur son propre territoire en matière d'entrée et de séjour des étrangers. Cependant, ce serait prêter aux personnes et aux organismes qui prodiguent ces aides un pouvoir d'obstruction à la lutte contre l'immigration illégale qu'elles n'ont pas. Depuis cette décision, ce type d'immigration n'a pas augmenté drastiquement... Cela signifie donc – si l'on en doutait – que le juge constitutionnel a soumis le principe de fraternité aux mêmes exigences que celles relatives aux autres droits et libertés.

On peut en revanche, avec davantage de raisons, estimer qu'en reconnaissant le principe de fraternité, le Conseil constitutionnel a ajouté une difficulté supplémentaire à la tâche du législateur qui devra prendre en considération officiellement cette exigence lors des modifications futures de la loi sur l'entrée et le séjour des étrangers. Cependant, même si la formule n'était pas parfaite, il avait déjà intégré ce principe dans la mesure où il avait créé l'exemption de l'article L622-4, 3°, du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le Conseil constitutionnel opère davantage ici une opération d'ajustage qu'il ne censure une inconstitutionnalité flagrante. Il faut donc raison garder lorsque l'on considère le décalage entre la reconnaissance (médiatique) fracassante du principe de fraternité et ses effets sur la situation soumise au juge constitutionnel.

¹³ Voy. J.-E. SCHOETTL, *op. cit.*, p. 964.

Plus problématique est la compréhension du contenu et des limites de ce principe. La reconnaissance du principe de fraternité s'accompagne ici du dévoilement de l'une de ses facettes : l'aide apportée à autrui dans un but humanitaire. Il faut cependant admettre que la face cachée du principe de fraternité reste encore à découvrir et qu'elle peut potentiellement receler des ressources qui pourraient inquiéter en raison de l'indétermination de ses limites. D'aucuns ont fait remarquer qu'il s'agissait d'un principe non juridique aux potentialités virtuellement illimitées¹⁴. Le danger n'est pas inexistant. La même remarque peut être opérée avec «la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire» qui constitue un autre standard à contenu variable. Ces notions indéterminées prêtent donc le flanc à la critique en ce qu'elles peuvent potentiellement devenir incontrôlables. Il faut cependant remarquer que le Conseil constitutionnel a toujours été conscient des risques qu'il encourait à reconnaître des principes indéterminés dans leur contenu et qu'il en connaît les dangers. Et si l'on peut s'émouvoir de ce phénomène, un examen approfondi des normes constitutionnelles de référence en matière de droits et libertés fondamentaux révèle le même genre d'indétermination et pourrait faire l'objet de la même critique, tout comme les objectifs constitutionnels, tel l'ordre public, qui viennent les limiter. Critiquer la reconnaissance du principe de fraternité en raison de ses origines non juridiques ou de son indétermination reste audible mais il faudrait alors l'étendre à l'ensemble des normes constitutionnelles aussi indéterminées qui ont servi depuis plusieurs décennies à construire la protection constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux. La reconnaissance du principe de fraternité comporte donc une forme d'indétermination contestable mais il ne s'agit guère d'un cas isolé et le Conseil constitutionnel sait qu'une épée de Damoclès se situe au-dessus de l'institution s'il lui prenait l'envie de jouer les apprentis sorciers en développant ce principe dans des proportions déraisonnables.

II. Les conséquences de la reconnaissance du principe de fraternité dans le cadre du contentieux de la QPC

La décision *Cédric H.* fait ressortir avec acuité un élément qui a peu retenu l'attention dans les commentaires qu'elle a générés : il repose sur les limites du contrôle abstrait dans le contentieux de la QPC. Ceci peut paraître décalé au regard du contenu de la décision mais révèle une situation dans laquelle on peut se demander si le contentieux *a posteriori* introduit depuis 2010 n'est pas en train de changer le paradigme de l'ensemble du contentieux constitutionnel

¹⁴ Voy. J.-E. SCHOETTL, *ibid.* ; B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 389.

français. Créée dans le but de permettre aux individus de défendre les droits et libertés que la Constitution leur garantit, la décision commentée illustre la difficulté grandissante du juge constitutionnel à rester dans le seul cadre du contrôle des normes et à ne pas s'immiscer dans le contrôle concret de l'affaire qui lui est soumise.

A. *Le décalage généré par le contrôle abstrait au sein du contentieux de la constitutionnalité a posteriori*

Malgré son caractère abstrait, le contentieux de la QPC devient de plus en plus impliqué dans des controverses sociétales à l'égard desquelles ce caractère semblait le mettre à l'abri, mais qui le place de plus en plus dans une situation d'arbitre! Si toutes les questions posées restent examinées dans le cadre d'un contrôle abstrait, le juge se trouve de plus en plus placé dans le rôle de celui qui doit trancher une situation qui fait polémique.

La décision *Cédric H.* est emblématique sur ce point car l'affaire avait été largement médiatisée: les requérants avaient tous les deux fait l'objet de poursuites pénales et de condamnations, et leur sort avait généré des sentiments contradictoires. En introduisant leur QPC, ils – ou plutôt leurs avocats – savaient qu'ils allaient porter une question de principe devant le Conseil constitutionnel si celle-ci était jugée recevable.

La question qui surgit ici repose sur l'impact que revêt la nature d'un tel contentieux. Le juge constitutionnel peut-il prétendre encore raisonner dans le cadre d'un contrôle abstrait lorsqu'il se trouve face à une situation qui révèle les insuffisances ou les contradictions d'une législation appliquée à une situation concrète? Le contrôle abstrait ne constitue-t-il pas un paravent qui inclut en arrière-plan la situation concrète à laquelle le juge constitutionnel est confronté? En y regardant de plus près, la motivation de la décision recèle des traces de la situation qui l'a conduite devant le Conseil constitutionnel. Ce n'est plus seulement un contrôle entre norme constitutionnelle et norme législative mais plutôt entre norme constitutionnelle et situation générée par l'application de la disposition législative.

Ceci pourrait bien sûr ne relever que d'une appréciation personnelle mais il y a tout lieu de penser que ce décalage est bien plus profond: la décision commentée met en évidence ce problème. Le principe de fraternité n'est ici précisé qu'à l'égard de «l'aide à autrui apportée dans un but humanitaire» et le raisonnement développé couvre les situations des requérants. Le contentieux de la QPC promettait de se situer dans la lignée du contentieux *a priori* et de ne pas entrer dans la mise en œuvre concrète des normes constitutionnelles.

Malgré une affirmation de principe, cette décision comme d'autres avant elles, démontre que la détermination du cadre de la QPC peine à être complètement éludée. Lorsque l'on analyse les justifications du commentaire de la décision¹⁵ tout comme les critiques et approbations formulées par les commentateurs, on en est conduit à conclure que ce sont les conditions dans lesquelles est posée cette QPC qui expliquent son traitement et sa solution. Le juge constitutionnel ne peut plus seulement être comme dans le contentieux *a priori* un comparateur de normes. Il est devenu un évaluateur de l'application des normes dans un contexte donné qui feint de se dissimuler derrière le voile du contrôle abstrait, mais qui est parfaitement au courant de l'intégralité des raisons qui ont amené à sa saisine. Cette situation génère finalement une forme de malaise innommé qui se ressent de plus en plus.

Il serait certainement plus simple d'appeler les choses par leur nom et de permettre au juge constitutionnel de statuer ouvertement sur la constitutionnalité de la question concrète qui lui est transmise, un peu à l'instar de ce qui se produit devant d'autres juridictions constitutionnelles en Europe. Il ne faut cependant pas se cacher qu'un tel changement impliquerait beaucoup plus que la prise en compte d'une situation et aurait également pour effet de transformer le contrôle de constitutionnalité français en un véritable contrôle concret *a posteriori*. Le changement impliquerait une transformation qui conduirait également le Conseil constitutionnel à devoir s'expliquer davantage.

Ainsi, dans la décision commentée, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel relève que le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public. Comment? Pourquoi? En vertu de quels éléments? Le lecteur se doute qu'il s'agit d'une référence à la situation de MM. Herrou et Mannoni ou que, pour le moins, elle est en arrière-plan. La décision ne permet cependant pas de comprendre expressément pourquoi cette conciliation n'est pas équilibrée. Tel est bien le problème de ce contrôle: il ne fournit pas d'explication sur ce qu'il affirme! Cette situation est d'autant plus regrettable que la référence de plus en plus fréquente au contrôle de proportionnalité et à ses variantes dérivées dans le contentieux constitutionnel impose un contrôle concret: il n'est possible de développer efficacement un tel contrôle qu'au regard de la mise en œuvre des normes législatives dans une situation concrète. Bien souvent, le juge – sans le dire – travaille par projections de faits hypothétiques ou réels pour apprécier les éléments de ce contrôle.

¹⁵ Voy. commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018717qpc/2018717_718qpc_ccc.pdf.

Dans le même esprit, le contentieux de la QPC favorise également de plus en plus le développement de contentieux de *micro-constitutionnalité*, c'est-à-dire de contentieux qui ne portent que sur des questions très précises. Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel précise lui-même que le cadre de la question posée porte sur la seule mention du «séjour irrégulier». Les requérants ont d'ailleurs compris qu'en réduisant le cadre de la question de constitutionnalité au seul objet qui les préoccupait, ils sauvegardaient pour l'avenir d'autres questions potentielles qui pourraient se profiler. En favorisant au contraire une approche plus large, ils hypothéqueraient leurs chances de pouvoir poser une autre QPC si la disposition avait fait l'objet d'un examen de constitutionnalité dans son intégralité. Or, ce contentieux de la micro-constitutionnalité constitue un autre signe tangible de la concrétisation que souhaitent mener les auteurs de QPC en portant leurs prétentions devant le Conseil constitutionnel. Il s'agit pour eux d'obtenir un résultat dans l'affaire qu'ils ont soumise au Conseil constitutionnel. C'est là tout l'enjeu de leur démarche.

B. *Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur l'affaire ayant généré la QPC*

La décision *Cédric H.* révèle un autre aspect concret des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. L'article 62, alinéa 2, de la Constitution offre l'opportunité au Conseil constitutionnel de différer les effets de sa décision. Sa jurisprudence révèle en la matière qu'il n'hésite pas à différer les effets de l'inconstitutionnalité pour offrir au législateur l'opportunité de modifier le texte et de corriger l'inconstitutionnalité. Telle est d'ailleurs la solution qu'il a choisie et qui a amené le législateur à réagir immédiatement¹⁶. Cependant, probablement conscient de la frustration et de l'illogisme que pourrait revêtir l'effet différé de la décision sur la situation à l'origine de la QPC, le Conseil constitutionnel n'hésite plus à combiner les deux types d'effets – immédiat et différé – pour que les auteurs de la QPC puissent en bénéficier. Le paragraphe n° 24 de la décision commentée permet ainsi d'appliquer aux situations en cours les conclusions dégagées par le Conseil constitutionnel sur les exemptions au «délit de solidarité». Cette tendance confirme l'idée selon laquelle le Conseil reste confronté aux limites de la logique du contrôle abstrait ! S'il répondait à une inconstitutionnalité qu'il relève en se limitant à en différer les effets dans le temps, la QPC

¹⁶ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et la réaffirmation du principe de fraternité dans la décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018.

elle-même perdrait de sa raison d'être. Son intérêt est avant tout de permettre de soulever une inconstitutionnalité au cours d'un litige pour en conditionner éventuellement la solution. Si le Conseil constitutionnel n'applique pas ou est tenté de renvoyer au législateur les remèdes à l'inconstitutionnalité en cours, son utilité tombe d'elle-même. Une nouvelle fois, ce paradoxe révèle la nature ambivalente de la QPC. Faire de l'abstrait dans le concret n'est pas aisé lorsque les conséquences d'une analyse étroite et rigoureuse ruinent l'économie d'une procédure. Or, le contentieux de la QPC possède le mérite d'avoir fait remonter les questions contentieuses «d'en bas» dans le débat sur la constitutionnalité. Il serait particulièrement regrettable que toutes les conséquences n'en soient pas tirées.

Cette situation place le juge constitutionnel français devant une alternative que révèle cette décision et les commentaires qu'elle a engendrés. Soit le Conseil constitutionnel continue à demeurer un juge de «l'abstrait», mais il risque alors de trahir l'esprit que la révision constitutionnelle de 2008 avait tenté de promouvoir. Soit il accepte d'intégrer dans son contrôle une dimension concrète – ce qu'il fait déjà selon nous mais sans le dire – et il sera appelé à gérer les conflits de société comme le font nombre de ses homologues étrangers. Il y aura certes toujours de bonnes raisons pour critiquer l'une ou l'autre attitude mais l'heure du choix a sonné. Il semble bien qu'avec la présente décision, il ait fait un pas en direction de la seconde option. Cela peut-il conduire à un nouveau «gouvernement des juges»? La possibilité existe mais la réponse repose avant tout dans les mains du Conseil constitutionnel lui-même. Il sait jusqu'où il peut aller et, pour une fois, sa composition est peut-être un atout car une grande majorité de ses membres ont été tour à tour législateur et membres du pouvoir exécutif, ou proches de ces deux sphères. Une certaine autolimitation est donc plus que plausible...

La décision *Cédric H.* aura donc conduit à offrir une tribune à ce que d'aucuns considéraient comme une question de société qui divisait et divise encore la société française. Quel que soit le regard personnel que l'on porte sur la décision, elle aura au moins eu le mérite de mettre en évidence les enjeux représentés par le dilemme créé par la politique migratoire de la France, d'un côté, et l'idéal de protection des droits fondamentaux tel qu'il résulte de l'histoire de la République, de l'autre. Cette décision est en définitive plus surprenante par son contexte que par son contenu. Elle aurait peut-être pu être rendue avec une solution identique en se fondant sur d'autres principes constitutionnels, tels que la dignité ou l'égalité. Elle aurait pu aussi être rendue par une juridiction constitutionnelle étrangère en utilisant un autre raisonnement. On peut recourir à tous les arguments juridiques, historiques, sociologiques pour démontrer tout et son contraire : nul doute que le Conseil constitutionnel a fait un choix en consacrant le principe de fraternité. Mais après tout, puisque nous aimons

revendiquer haut et fort que la France est une exception et que nos conceptions en matière de droits et libertés fondamentaux révèlent notre singularité, ce principe pouvait bien en faire partie et cela d'autant plus que les valeurs d'humanisme qu'il véhicule sont loin d'être honteuses ou déshonorantes.