

Le « contrôle abstrait » de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations

Patricia Rrapi



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2060>

DOI : [10.4000/revdh.2060](https://doi.org/10.4000/revdh.2060)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Patricia Rrapi, « Le « contrôle abstrait » de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016, consulté le 09 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2060> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2060>

Ce document a été généré automatiquement le 9 octobre 2020.

Tous droits réservés

Le « contrôle abstrait » de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations

Patricia Rrapi

- 1 Les freins à l'identification des discriminations résident, le plus souvent, dans des mécanismes intellectuels, qui soit empêchent de les voir soit contribuent à les masquer. Un intérêt particulier doit donc être porté aux freins juridictionnels : le raisonnement du juge et toutes les techniques jurisprudentielles susceptibles de favoriser un tel résultat.
- 2 Le Conseil constitutionnel illustre, à travers la posture « du contrôle abstrait de constitutionnalité », cet obstacle majeur à l'identification des discriminations dans le cadre du contentieux constitutionnel. La décision QPC du 21 octobre 2011, *Mme Fazia et autres*, est l'exemple type de décisions reposant sur cette idée bien admise selon laquelle le juge constitutionnel ne fait qu'un « contrôle abstrait » de constitutionnalité des lois. Une telle posture semble justifier l'extrême pauvreté de l'argumentation sur le fond – deux considérants (5&6) seulement consacrés à l'examen de la disposition litigieuse. Le juge constitutionnel adopte ce type de posture soit lorsqu'il estime que la question de constitutionnalité qui lui a été posée n'est pas très importante à ses yeux¹ soit lorsqu'il ne souhaite pas prendre position. Il s'agit des cas où le juge aurait préféré qu'on ne lui pose pas la question. Le fait de se ranger derrière le législateur lui est alors suffisant pour justifier sa décision. C'est ce qu'illustre parfaitement le cas d'espèce présentement analysé.
- 3 L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation avait supprimé toute discrimination entre enfants nés hors mariage et enfants nés de couples mariés. Un peu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la Cour de cassation avait procédé à un revirement de jurisprudence, jugeant que les enfants étrangers de mère française nés hors mariage pouvaient désormais, par le seul acte de naissance, établir la filiation maternelle en vue d'acquérir la nationalité française². Il s'agissait d'un revirement considérable en matière de preuve car auparavant était imposé un régime beaucoup

plus contraignant : une possession d'état conforme. Par la suite, dans le but de renverser cette nouvelle jurisprudence et de limiter les effets de l'ordonnance de 2005 en matière d'acquisition de la nationalité française par filiation maternelle, la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, viendra préciser que les enfants nés hors mariage de mère française devenus majeurs après l'entrée en vigueur de cette loi sont exclus de cette évolution. C'est sous prétexte de vouloir « stabiliser les situations juridiques » que le gouvernement entendait justifier cette nouvelle limite et restreindre la portée de la nouvelle jurisprudence en matière de preuve. Dans la présente décision QPC, cette disposition de la loi de 2006, portant limitation dans le temps des effets de l'ordonnance de 2005, est soumise au juge constitutionnel. Les requérants invoquaient la violation du principe d'égalité dans la mesure où la loi procédait à une différence de traitement fondée sur la situation familiale : enfants nés hors mariage et enfants nés dans le mariage. En réalité, il s'agissait de discriminations fondées non seulement sur la situation familiale, mais aussi sur l'origine (enfants étrangers).

- 4 Le Conseil constitutionnel écarte le motif invoqué, ne discute aucun autre élément et déclare la loi conforme à la constitution. Au-delà d'une critique sur le fond de la décision, qui est contraire non seulement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³ mais aussi à celle du Conseil constitutionnel lui-même⁴, notre contribution souhaite rendre compte des techniques jurisprudentielles qui ont permis au Conseil constitutionnel de décerner à cette disposition restrictive, explicitement discriminatoire, un brevet de constitutionnalité. Par ailleurs, il est possible de voir dans cette décision QPC plusieurs aspects jurisprudentiels (rapport Conseil constitutionnel/Gouvernement ; interprétation formelle du principe d'égalité etc.), mais nous nous intéresserons, ici, à l'un seulement de ces aspects : l'argument du « contrôle abstrait ». Cet argument permet au juge constitutionnel, dans un premier temps, de transformer la question de constitutionnalité et, dans un second temps, de substituer au motif discriminatoire un motif constitutionnellement neutre. En d'autres termes, le Conseil, en l'espèce, conforte davantage le gouvernement qu'il ne le contrôle.

I. LA TRANSFORMATION DE LA QUESTION DE CONSTITUTIONNALITÉ

- 5 Le Conseil constitutionnel procède à la transformation de la question de constitutionnalité initialement posée, en adoptant une posture de contrôle abstrait de constitutionnalité, qui devient un argument de justification de son autolimitation.
- 6 Concernant le « contrôle abstrait » de constitutionnalité, il est possible d'effectuer trois différents niveaux d'analyse. Premièrement, la doctrine n'a cessé de démontrer que, si la distinction entre contrôle américain et européen de constitutionnalité présente un intérêt pédagogique, non seulement elle n'est fondée sur aucun critère solide de catégorisation, mais en outre les juges, qu'ils soient américains ou européens – français en particulier –, procèdent toujours à un contrôle de la loi et de son application⁵. On ne peut en effet apprécier la constitutionnalité de la loi en écartant totalement la constitutionnalité de son application – cela même dans le cadre du contrôle *a priori* par le biais des « réserves d'interprétation » – et on ne peut davantage apprécier la constitutionnalité de l'application de la loi sans se faire une idée de la constitutionnalité de la loi elle-même – c'est ce qui anime d'ailleurs la théorie de la « loi écran ». S'il est

possible de dire qu'il s'agit, peut-être, de deux démarches intellectuelles différentes ou de deux manières différentes de donner du sens au texte contrôlé, force est de constater qu'elles sont logiquement interdépendantes.

- 7 Deuxièmement, ces formes d'interprétation *in concreto* et *in abstracto* ont été isolées comme argument de justification du contrôle de constitutionnalité en fonction de l'idée que l'on se faisait de la justice constitutionnelle elle-même. Conçue comme faisant partie de la fonction juridictionnelle, l'appréciation de la constitutionnalité de la loi apparaît comme une violation grave du principe de la séparation des pouvoirs. Dans ce cadre, le contrôle de constitutionnalité se présente comme un contrôle non pas de la loi mais de son application. La Cour suprême des États-Unis, même lorsqu'elle sanctionne la loi « *on its face* », ne prétend pas invalider la loi mais seulement constater que celle-ci, dans toutes ses applications possibles, sera inconstitutionnelle. Si l'on estime que la Cour suprême fait un contrôle concret de constitutionnalité cela signifie précisément que l'on souhaite isoler une manière spécifique de donner du sens à un texte, en prétendant interdire l'autre forme d'interprétation. Le même argument a été utilisé à la Révolution française à propos du « référé législatif »⁶. En revanche, lorsque la justice constitutionnelle est envisagée comme un prolongement de la fonction législative, le juge constitutionnel ne fait que constater la violation, par le législateur, de la procédure de révision constitutionnelle (théorie de l'aiguilleur). Le juge constitutionnel sanctionne alors la révision de la constitution par voie législative ou la violation flagrante de la constitution. Cette idée de « violation flagrante » inspire ainsi l'idée de « contrôle abstrait ». Les deux expressions signifient en réalité la même chose. Le « contrôle abstrait » isolé dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de type dit européen, se présente alors comme un vestige de la justification procédurale de la justice constitutionnelle. On pourrait alors dire qu'avec le développement de la justice constitutionnelle, qui a par ailleurs alimenté la critique de la catégorisation des modèles, cette distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret n'a plus lieu d'être.
- 8 Mais, troisième niveau d'analyse, il se trouve que cette distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret continue à produire du droit positif et que, bien qu'elle soit théoriquement contestée et historiquement discutable, elle est devenue un argument de justification des décisions du Conseil constitutionnel. Ainsi, en tant que technique de contentieux constitutionnel, le contrôle abstrait façonne la posture du juge constitutionnel.
- 9 De manière formelle, le contrôle de constitutionnalité, dans le cadre même de la procédure de QPC, se détache entièrement de l'application concrète de la loi – aucune mention n'est faite ni dans la décision, ni dans le dossier documentaire fourni sur le site du Conseil constitutionnel, des faits de l'espèce. En amont, la QPC est soulevée à part, dans un mémoire distinct, et, du premier juge saisi jusqu'au Conseil constitutionnel en passant par les juges suprêmes, ils affichent tous la mise en œuvre d'une confrontation de la loi, et elle seule, à la constitution. Mais cette posture de contrôle abstrait est également un argument de justification des décisions.
- 10 En l'espèce la question précise posée au juge était de savoir si le fait pour le législateur d'avoir maintenu un régime de preuve beaucoup plus contraignant pour les enfants étrangers de mère française nés hors mariage violait le principe d'égalité. La réponse du juge est simple et brutale :

- 11 « [L]a différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps n'est pas, en elle-même, contraire au principe d'égalité ».
- 12 Personne n'avait demandé au juge, en l'espèce, de se prononcer sur la différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps. Mais c'est ici que le juge procède à la transformation de la question de constitutionnalité en utilisant la formule : « la différence [...] n'est pas *en elle-même* contraire au principe d'égalité ». Cette formule – « en elle-même » – protège le Conseil constitutionnel dans la mesure où il peut estimer que de manière très abstraite le législateur n'a pas voulu, contrairement à ce qu'avancent les requérants, discriminer les enfants étrangers de mère française nés hors mariage ; il n'aurait, en réalité, que prévu la succession dans le temps de deux régimes juridiques différents. L'argument des requérants est peut-être juste, mais ce n'est pas dans la loi que l'on peut trouver ce motif, semble dire le juge. En d'autres termes, cette formule protège le Conseil constitutionnel dans sa posture de contrôle abstrait. Mais en même temps, cette même formule le trahit, car à partir du moment où l'on estime qu'une disposition n'est pas en elle-même discriminatoire, on admet implicitement qu'avec autre chose, comme par exemple le motif allégué en l'espèce, elle pourrait être contraire au principe d'égalité. Mais dans une posture de contrôle abstrait, le juge peut délibérément refuser de considérer cet *autre* motif.
- 13 Une fois la question de constitutionnalité transformée, le juge procède à la substitution des motifs de différenciation.

II. LA SUBSTITUTION DES MOTIFS DE DIFFÉRENCIATION

- 14 Le juge continue son raisonnement en précisant :
- 15 « [L]a différence de traitement qui demeure entre les enfants selon qu'ils sont nés en ou hors mariage ne porte pas sur le lien de filiation mais sur les effets de ce lien sur la nationalité ; qu'elle présente un caractère résiduel ».
- 16 Le juge estime que le législateur n'a pas voulu discriminer les enfants nés hors mariage, il a plus précisément fait une différence de traitement entre enfants majeurs et enfants mineurs, car, effectivement, « les effets de [la filiation] sur la nationalité » sont différents lorsque la filiation est établie pendant ou après la minorité. Un motif neutre de différenciation – minorité / majorité –, conforme au principe constitutionnel d'égalité, est substitué à celui discriminatoire – nés en ou hors mariage. D'où la conclusion assez étonnante du juge selon laquelle la différence de traitement entre les enfants nés en ou hors mariage « présente un caractère résiduel ».
- 17 Le juge procède, ici, à l'inverse d'un juge qui essaye d'identifier une discrimination indirecte. Dans ce dernier cas, lorsque la législation avance un motif neutre, le juge découvre que dans les faits, derrière ce motif neutre, se cache un autre motif, qui, pour ce qui le concerne, est discriminatoire. En l'espèce, le motif discriminatoire – la nationalité – est à peine dissimulé par le législateur – la disposition contestée limite expressément les effets de l'ordonnance de 2005 et figure dans une loi qui porte sur l'immigration. Néanmoins, le juge ne procède pas à l'identification d'un tel motif mais lui substitue un autre motif, plus neutre, de différenciation entre enfants majeurs et enfants mineurs, afin de pouvoir déclarer la loi conforme à la constitution. La substitution des motifs, grâce à cette posture de contrôle abstrait, illustre la distance

que le juge constitutionnel construit entre lui-même et les situations discriminatoires. Le juge donne ainsi la priorité à ce qu'il considère comme la volonté du législateur lui-même, quels que soient les effets discriminatoires (« résiduels ») de la disposition en cause. Admettons un instant que le législateur n'ait pas voulu discriminer les enfants nés hors mariage et dans le mariage. Admettons, comme le dit le juge, que le législateur ait voulu simplement assurer « une stabilité des situations juridiques ». À vrai dire, on pourrait accepter cet argument, mais ce dernier rendrait alors la décision du Conseil encore plus étonnante. En l'espèce, le législateur ne cherchait effectivement pas directement à discriminer les enfants nés hors mariage de mère française, ce qu'il voulait exactement était d'empêcher les personnes concernées d'accéder à la nationalité française – la disposition contestée était, faut-il le rappeler, issue d'une loi sur l'immigration. Cette discrimination entre enfants nés hors mariage et dans le mariage était un moyen pour arriver à un autre but, autrement plus important pour le juge constitutionnel : « la stabilité des situations juridiques » qui signifie plus précisément le refus d'accès à la nationalité⁷. C'est ce qui permet aussi au juge de dire que la différence de traitement entre enfants nés en et hors mariage est « résiduelle ».

- 18 Au-delà de cette attitude jurisprudentielle, examinons de plus près la substitution de ce motif fondé sur la différence entre enfants majeurs et mineurs au motif de la nationalité et la situation familiale. Cette substitution intervient en réalité dans le tout premier considérant, avant même que le Conseil ne commence à « examiner » la disposition litigieuse. Chose, là encore très étonnante, le juge pour apprécier l'objectif du législateur – la « stabilité des situations juridiques » – et par conséquent la constitutionnalité de la loi déferée, s'appuie sur des dispositions législatives, faisant abstraction du fait qu'il examine la constitutionnalité de la loi !
- 19 *« Considérant, en premier lieu, que les dispositions contestées limitent les effets sur la nationalité de l'application immédiate de l'article 311-25 du code civil ; que le législateur a entendu éviter un changement de nationalité des personnes majeures à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle règle de filiation ; qu' ainsi, il a mis les dispositions transitoires de l'ordonnance du 4 juillet 2005 susvisée en cohérence avec celles des articles 17-1 et 20-1 du code civil qui disposent respectivement que « les lois nouvelles relatives à l'attribution de la nationalité d'origine s'appliquent aux personnes encore mineures à la date de leur entrée en vigueur » et que « la filiation de l'enfant n'a d'effet sur la nationalité de celui-ci que si elle est établie durant sa minorité » ; que ces dispositions tendent à assurer la stabilité de la nationalité des personnes à la date de leur majorité ».*
- 20 Ces références, en plus d'être législatives, ne sont sur le fond pas du tout convaincantes. Tout d'abord, parce que l'ordonnance de 2005 ne constitue pas une nouvelle législation en matière d'acquisition de la nationalité (art. 17-1) : elle concerne la filiation. Ensuite, l'acte de naissance dressé de toute évidence à la minorité de l'enfant pourrait faire jouer la règle de la présomption de la filiation à la minorité (art. 20-1). L'article en question du code civil signifie *a contrario* que, lorsque la filiation est établie durant la minorité – ou la preuve de la filiation est dressée durant la minorité – l'enfant peut acquérir la nationalité. Le Conseil constitutionnel aurait pu interpréter la disposition dans ce sens, comme l'a fait la Cour de cassation. Enfin, comment peut-on être sûr que la différence entre enfants majeurs et enfants mineurs en matière d'acquisition de la nationalité française, bien qu'il s'agisse d'un principe de droit civil ancien, soit, dans tous les cas, conforme au principe d'égalité ? Les requérants ne

méritaient-ils pas, vu la conséquence de cette décision sur leur situation juridique, davantage d'explications de la part du juge constitutionnel ?

- 21 En guise de conclusion, on pourrait retenir le sentiment d'un étrange décalage dans cette décision QPC entre la réponse du juge à la question de constitutionnalité posée et la décision de conformité de la loi à la constitution. Le juge s'efforce tellement d'expliquer que le vrai problème est celui de la succession dans le temps de deux régimes juridiques différents et que la différence est fondée sur la majorité des enfants, qu'on pourrait dire, sans se tromper, qu'il manque de répondre à la question posée. À la lecture de la décision, on ne peut pas savoir si le fait de maintenir les enfants étrangers de mère française nés hors mariage dans un régime de preuve plus contraignant est ou non discriminatoire. Certes la disposition est conforme à la constitution mais c'est la conformité qui justifie la réponse à la question de constitutionnalité et non pas l'inverse. Il s'agit au mieux d'une réponse hors sujet, au pire d'une conformité sans réponse.

NOTES

1. À titre d'exemple : Décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autre* ; Décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015, *Conférence des présidents d'université*
2. Cass. 1ère civ., 14 février 2006, n° 05-13006 ; la Cour suit ici l'article 311-25 du code civil, créé par l'ordonnance de 2005.
3. Voir sur ce point Serge Slama : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2011/10/31/jus-sanguinis-par-filiation-maternelle-mater-semper-certa-est-sauf-pour-les-enfants-naturels-nes-avant-le-1er-juillet-1988-cons-constit-decision-n%C2%B0-2011-186187188189-qpc-du-21-octobr/>
4. Le Conseil constitutionnel a su se montrer plus courageux dans des décisions différentes du cas d'espèce mais qui impliquaient des discriminations fondées sur le sexe dans la perte de la nationalité française (Décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014, Mme Jalila K.) ou des discriminations fondées sur la nationalité (Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts Labane).
5. Voir par exemple, HAMON (F.), TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 36^e, pp. 80 et s ; TUSSEAU (G.), *Contre les modèles de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologne, *Bolonia University Press* ; ROUX (A.), « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles » in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. 3, Dalloz, pp. 132 et s.
6. TROPER (M.), *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, 2011, p. 259.
7. On pourrait, là aussi, analyser la façon dont le Conseil constitutionnel nomme les choses. Il est évident que l'expression « stabilité des situations juridiques » est plus neutre que « refus d'accès à la nationalité française ».

RÉSUMÉS

En contentieux constitutionnel, un des freins majeurs à l'identification des discriminations réside dans la posture de « contrôle abstrait » de constitutionnalité que le juge constitutionnel adopte aussi bien dans le cadre des décisions DC que celles QPC. En s'appuyant sur une décision QPC, cette étude a pour but de mettre en évidence la façon dont cette posture devient un argument de justification d'autolimitation par le juge. En l'espèce, ce type d'argumentation permet au juge de décerner, à une disposition explicitement discriminatoire, un brevet de constitutionnalité.

The French Constitutional Council is supposed to interpret statutes only *in abstracto*. The purpose of this paper is to argue that the distinction between *in abstracto* and *in concreto* interpretations is used to justify Judicial Self-Restraint. Pretending that the constitutional judge should not look at the way the statute is enforced, the Constitutional Council refuses to identify discriminatory situations. Therefore, that argument usually allows the Constitutional Council to validate a discriminatory statute.

INDEX

Keywords : judicial review, inconstitutional « on its face », discriminations

Mots-clés : contrôle abstrait, QPC, juge constitutionnel, discriminations

AUTEUR

PATRICIA RRAPI

Patricia Rrapi est Maître de conférences en droit public à UPOND (CTAD)