



HAL
open science

**La justification tirée du principe de fraternité, Obs. sous
Cons. const. 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC ; 6
sept. 2018, n° 2018-770 DC**

François Rousseau

► **To cite this version:**

François Rousseau. La justification tirée du principe de fraternité, Obs. sous Cons. const. 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC ; 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC. *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2018, 3, pp.579-584. hal-03327886

HAL Id: hal-03327886

<https://hal.science/hal-03327886v1>

Submitted on 8 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Chronique de Droit pénal général

François Rousseau

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes
Droit et changement social (DCS UMR-CNRS 6297)

« LA JUSTIFICATION TIRÉE DU PRINCIPE DE FRATERNITÉ »

Cons. const. 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC ;

Cons. const. 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC.

Le Conseil constitutionnel n'aura sans doute pas été insensible aux arguments de ceux qui ont dénoncé le « délit de solidarité » parce qu'il heurterait nos valeurs républicaines en particulier celle de la fraternité¹.

Dans sa décision QPC du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel était invité à se prononcer sur la constitutionnalité de la combinaison des articles L. 622-1 et L. 622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Pour mémoire, on rappellera que le premier texte incrimine le fait d'aider ou de faciliter « l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France ». Le second texte prévoit une exonération lorsque « l'aide au séjour irrégulier d'un étranger » est apportée, soit par un proche (ascendant, descendant, frère, sœur ou conjoint), soit par une personne physique ou morale ayant agi à des fins humanitaires sans aucune contrepartie directe ou indirecte. L'exonération ne profite donc qu'à l'aide au séjour de l'étranger sans être étendue à l'aide à la circulation ou à l'entrée de l'étranger en France. A l'occasion de deux affaires² où des individus ont été condamnés pour avoir aidé au séjour mais aussi à la circulation d'étrangers en France sans pouvoir bénéficier de l'exonération de l'article L. 622-4, des QPC furent soulevées devant la Chambre criminelle qui devait les transmettre au Conseil constitutionnel³. Les requérants estimaient que la non-application de l'exonération aux actes d'aide à la circulation ou à l'entrée sur le territoire français était contraire tant au principe de fraternité qu'au principe de nécessité des peines. Ils invoquaient, en outre, une atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale résultant de la différence de régime entre l'aide au séjour bénéficiant de l'exonération et l'aide à la circulation ou à l'entrée en France n'en bénéficiant pas.

La décision du Conseil constitutionnel en réponse est remarquable à plusieurs égards. Le Conseil commence par reconnaître le principe constitutionnel de fraternité au visa de l'article 2 énonçant la devise républicaine, « Liberté, Égalité, Fraternité », reprise à l'article 72-3 faisant référence à « un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité » (§7). Il en déduit « la

¹ C. Lazerges, *Le délit de solidarité, une atteinte aux valeurs de la République*, RSC 2018, p. 267 ; M. Vivant, *25 ans après Béatrice*, D. 2017, p. 809.

² Sur l'une d'entre elle, v. CA Aix-en-Provence 8 août 2017, AJ pén. 2017, p. 535, note D. Roets.

³ V. Crim. 9 mai 2018, n° 17-85736 et 17-85737.

liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national » (§8). Mais, il tempère aussitôt la portée du principe de fraternité en expliquant qu'il doit se concilier avec la nécessité de lutter contre l'immigration illégale qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, laquelle constitue un objectif à valeur constitutionnelle (§9). Une fois ces principes rappelés, le Conseil distingue l'aide à la circulation de l'étranger de l'aide à l'entrée sur le territoire français, la première n'ayant pas pour conséquence « *de faire naître une situation illicite* » (§12). Il estime alors que la combinaison des articles L. 622-1 et L. 622-4 CESEDA en permettant la répression de l'aide à la circulation d'un étranger en situation irrégulière à des fins humanitaires méconnaît le juste équilibre entre le principe de fraternité et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. Le Conseil constitutionnel décide donc de censurer partiellement l'article L. 622-4 CESEDA en abrogeant au premier alinéa de ce texte les mots « *au séjour irrégulier* ». Mais, parce que cette censure aurait pour effet d'étendre l'exonération tant aux actes d'aide à la circulation des étrangers en situation irrégulière qu'aux actes d'aide à l'entrée irrégulière des étrangers sur le territoire français, le Conseil estime qu'une telle censure entraînerait des conséquences manifestement excessives. Il décide donc de reporter l'effet de sa censure au 1^{er} décembre 2018. En outre, il précise à des fins transitoires que l'article L. 622-4 CESEDA doit, jusqu'à cette date, être interprété comme pouvant s'appliquer aux actes d'aide à la circulation des étrangers en situation irrégulière lorsque cette aide est effectuée à des fins humanitaires.

L'apport majeur de cette décision réside principalement dans la consécration d'un principe constitutionnel de fraternité, dans un contexte politique marqué par la crise migratoire et alors que le Parlement est en train de discuter la loi dite « asile-immigration » au moment même où cette décision est rendue⁴. En ce qui concerne les interactions avec le droit pénal général, qui seules intéressent les lignes de cette chronique, cette décision du 6 juillet 2018 appelle deux séries d'observations. Les premières concernent le report dans le temps des effets de la censure (I). Les secondes sont relatives à l'articulation de cette nouvelle cause de justification tirée du principe de fraternité avec l'état de nécessité, dont on verra qu'un élément de réponse a été apporté par une autre décision du Conseil en date du 6 septembre 2018 (II).

I – LE REPORT DES EFFETS DU PRINCIPE DE FRATERNITE

Après avoir censuré la portion du texte de l'article L. 622-4 CESEDA restreignant le domaine de l'exonération pour motif humanitaire aux seuls actes d'aide « au séjour irrégulier » afin de l'étendre à l'ensemble des actes d'aide aux étrangers en situation irrégulière, le Conseil décide aussitôt de reporter l'effet de cette censure. Il justifie ce report en expliquant que cette abrogation partielle du texte aurait pour effet d'étendre le domaine de l'exonération de l'article L. 622-4 non seulement aux actes d'aide à la circulation d'étrangers en situation irrégulière mais également aux actes d'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire français. Or, le Conseil entend bien distinguer ces deux situations au regard de la conciliation entre le principe de fraternité qu'il consacre et la sauvegarde de l'ordre public. En effet, l'aide à la circulation d'un étranger en situation irrégulière n'est pas à l'origine de la situation illicite de l'étranger contrairement à l'aide apportée pour son entrée irrégulière sur le territoire français. L'aide à la circulation entretient, tout au plus, une situation illicite déjà

⁴ Cette loi sera adoptée quelques mois plus tard, le 10 septembre 2018, v. *infra*.

née. Autrement dit, si le principe de fraternité peut justifier l'entretien d'une situation illicite à des fins humanitaires, il ne saurait justifier aux mêmes fins la provocation d'une situation illicite.

Si l'on peut comprendre la distinction opérée par le Conseil, on peut néanmoins s'interroger sur le report des effets de sa censure qui en découle. S'il est vrai que le Conseil détient de l'article 62 de la Constitution le pouvoir de reporter les effets d'une décision d'inconstitutionnalité à une date ultérieure à celle de la publication de sa décision, cette option est rarement utilisée lorsque l'inconstitutionnalité porte sur un texte d'incrimination. En effet, le maintien d'une incrimination pénale déclarée inconstitutionnelle n'est pas admissible dans son principe au regard de la gravité des sanctions répressives. Comment admettre le maintien d'une répression attentatoire aux libertés individuelles dans un Etat de droit ? Le Conseil décide donc par principe de l'effet immédiat de l'abrogation d'un texte d'incrimination à compter de la publication de sa décision. C'est ainsi qu'il a procédé lorsqu'il a censuré la qualification d'inceste⁵, le délit de harcèlement sexuel⁶, le délit de consultation habituelle de site terroriste⁷, le délit détournement de cotisation sociale par un employeur agricole⁸, ou bien encore le délit de fraude aux prestations sociales du Code de l'action social et des familles⁹. Le Conseil adopte la même solution de principe en cas de censure partielle d'un texte d'incrimination¹⁰. Il est vrai, néanmoins, que dans sa décision du 6 juillet 2018 le Conseil n'a pas censuré l'incrimination en tant que telle mais un texte de justification de cette incrimination. Cela étant, *in fine*, c'est bien le périmètre de la répression pénale qui est jugé contraire à la Constitution et qui pour cette raison ne peut être maintenu dans un Etat de droit. On peut citer en ce sens l'application immédiate des censures du Conseil envers les restrictions jugées excessives à l'application de l'exception de vérité permettant de justifier des propos diffamatoires¹¹. Il en va de la légitimité politique de la norme pénale, versant matériel de la légalité criminelle. C'est dire que le principe constitutionnel de la légalité criminelle commande lui-même l'effet immédiat d'une incrimination ou répression pénale officiellement déclarée contraire aux droits fondamentaux.

⁵ V. Cons. const. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC (abrogation, art. 222-31-1 CP) : Dr. pén. 2011, n° 130, obs. M. Véron ; RSC 2012, p. 221, obs. B. de Lamy ; RPDP 2011, p. 694, obs. A. Lepage ; v. également, Cons. const. 17 févr. 2012, n° 2012-240 QPC (abrogation, art. 227-27-2 CP).

⁶ V. Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC (abrogation, art. 222-33 CP) : D. 2012, p. 1372, note S. Détraz ; RSC 2012, p. 371, obs. Y. Mayaud ; RPDP 2012, p. 367, obs. X. Pin.

⁷ V. Cons. const. 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC (abrogation, art. 421-2-5-2 CP) : Dr. pén. 2017, n° 85, obs. P. Conte ; JCP G 2017, 343, note A. Gorgoza et B. de Lamy ; Légipresse, 2017, n° 347, p. 137-142, note E. Derieux ; Com. com. électr. 2017, n° 35, obs. A. Lepage ; v. également, Cons. const. 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC : Dr. pén. 2018, n° 22, obs. P. Conte ; D. 2018, p. 97, note Y. Mayaud, abrogeant de nouveau le même délit réintroduit par la loi du 28 février 2017.

⁸ V. Cons. const. 9 sept. 2011, n° 2011-222 QPC (abrogation, art. L. 725-21 C. rur.).

⁹ V. Cons. const. 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC (abrogation, art. L. 135-1 CASF) : RPDP 2013, p. 979, obs. V. Peltier.

¹⁰ V. Cons. const. 24 janv. 2017, n° 2016-608 QPC : AJ. Pén. 2017, 130, obs. M. Herzog-Evans (pour le délit de l'article 434-35 CP) ; Cons. const. 7 avril 2017, n° 2017-625 QPC : D. 2017, p. 1180, note N. Catelan et J.-B. Perrier (pour le délit d'entreprise individuelle terroriste, art. 421-2-6 CP).

¹¹ V. Cons. const. 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC : Dr. pén. 2011, n° 90, obs. M. véron ; AJ pén. 2011, 414, obs. J.-B. Perrier ; RSC 2011, p. 401, obs. Y. Mayaud ; RPDP 2011, p. 709, obs. P. Conte ; Cons. const. 7 juin 2013, n° 2013-319 : D. 2013, p. 1413 ; AJ pén. 2013, 410, obs. J.-B. Perrier ; RSC 2013, p. 574, obs. J. Francillon ; RSC 2014, p. 907, obs. B. de Lamy ; Gaz. Pal. 2013, 19-20 juin 2013, p. 5, obs. F. Fourment ; RPDP 2013, p. 648, obs. P. Conte.

Conscient de cette nécessité de ne pas maintenir une répression pénale inconstitutionnelle, le Conseil complète sa décision par une réserve d'interprétation en expliquant que l'exonération de l'article L. 622-4 CESEDA doit s'appliquer aux actes tendant à faciliter la circulation d'un étranger en situation irrégulière, hormis l'entrée sur le territoire français, et ce dès la publication de sa décision. Autrement dit, ce nouvel état du droit pénal plus favorable devra s'appliquer rétroactivement aux faits d'aide à la circulation d'étrangers en situation irrégulière commis antérieurement à la décision du 6 juillet 2018 et non définitivement jugés. Quant aux affaires définitivement jugées, il conviendrait sans doute également de faire cesser l'exécution d'éventuelles peines encore en cours d'exécution selon l'article 112-4 du Code pénal.

Quoi qu'il en soit de ces aspects de droit transitoire, cette décision du 6 juillet 2018 démontre une fois de plus la participation du juge constitutionnel à la construction de la norme pénale, même s'il rappelle dans sa décision qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* ». Et s'il est vrai que le Conseil constitutionnel n'a pas formellement réécrit la loi, il aura sérieusement guidé le législateur dans sa réécriture de l'article L. 622-4 CESEDA à l'occasion de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 relative à l'immigration et au droit d'asile. Désormais, l'exonération pour l'aide apportée à un étranger en situation irrégulière, par un proche ou par toute personne à des fins humanitaires, s'applique aux actes d'aide « à la circulation ou au séjour irréguliers », sans pour autant s'étendre aux actes d'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire français. Cette reformulation a d'ailleurs fait l'objet d'un nouvel examen par le Conseil constitutionnel qui apporte, par ailleurs, des éléments de réponse quant à l'articulation de l'exonération fondée sur le principe de fraternité avec l'Etat de nécessité.

II – L'ARTICULATION AVEC L'ETAT DE NECESSITE

La consécration d'une cause d'exonération ou de justification tirée du principe constitutionnel de fraternité, par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 juillet 2018, n'est pas sans soulever quelques interrogations sur sa filiation et/ou son articulation avec le fait justificatif d'état de nécessité. En effet, le Conseil déduit du principe de fraternité « la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire » et estime que cette liberté doit pouvoir justifier des faits ordinairement incriminés, tel que des actes d'aide à la circulation ou au séjour d'étrangers en situation irrégulière. Il s'agit en d'autres termes de légitimer des actes infractionnels commis dans un but altruiste afin de préserver la dignité d'une personne. Cette nouvelle justification « d'aide ou d'assistance humanitaire » semble voisine de l'Etat de nécessité lorsque, du moins, il est invoqué par l'auteur d'une infraction qui a agi en vue d'aider un tiers¹². Cependant, l'Etat de nécessité comporte des conditions beaucoup plus restrictives, car il suppose un « danger actuel ou imminent » qui implique donc une situation d'urgence. Or, l'aide apportée à autrui dans un but humanitaire, comme par exemple celle apportée à la circulation ou au séjour d'un étranger en situation irrégulière, ne supposera pas toujours un degré d'urgence comparable à l'état de nécessité. Cette différence est d'autant plus nette désormais que la loi la loi du 10 septembre 2018 (art. 38) a élargi le domaine de l'exonération de l'article L. 622-4 CESEDA à toute forme d'aide « *apportée dans un but exclusivement humanitaire* », alors qu'auparavant cette aide humanitaire était limitée à des

¹² V. C. pén., art. 122-7.

prestations de restauration, d'hébergement, de soins médicaux ou de « toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique » de l'étranger.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer indirectement sur cette articulation entre « fraternité et nécessité ». En effet, lors du contrôle *a priori* de la loi du 10 septembre 2018 qui a réécrit l'article L. 622-4 CESEDA et qui était de nouveau contesté (par des parlementaires cette fois-ci) au motif que l'exonération fondée sur le principe de fraternité ne s'étendait pas aux actes d'aide à l'entrée sur le territoire français¹³. En réponse, le Conseil réaffirme le principe constitutionnel de fraternité mais en rappelant de nouveau qu'il doit être concilié avec l'objectif à valeur constitutionnelle d'ordre public. En ce sens, il estime que le législateur peut parfaitement réprimer l'aide apportée aux étrangers à l'entrée irrégulière sur le territoire français dès lors que cette aide fait naître une situation illicite, à la différence de celle apportée à la circulation ou au séjour de l'étranger. Cette réponse était prévisible au regard des enseignements déjà livrés dans sa décision de juillet. Mais, le Conseil ajoute dans la continuité de ses explications que cette répression de l'aide apportée à l'entrée irrégulière d'un étranger sur le territoire français demeure équilibrée, dès lors que l'article 122-7 du Code pénal justifie la commission d'un acte nécessaire à la sauvegarde d'une personne menacée par un danger actuel ou imminent sous réserve de la proportionnalité de l'acte. En d'autres termes, en cas d'urgence vitale pour un étranger¹⁴ se trouvant à proximité du territoire français, en montagne ou en mer, toute personne lui venant en aide et l'amenant sur le territoire français serait justifiée par l'état de nécessité. En revanche, en l'absence d'une telle urgence, la liberté d'aider autrui à des fins humanitaires ne suffirait pas à justifier une aide à l'entrée irrégulière sur le territoire. Elle ne peut que justifier des actes d'aide à la circulation ou au séjour d'un étranger en situation irrégulière, parce que ces actes ne sont pas à l'origine de la situation illicite.

Le principe de fraternité n'a donc pas la même force justificative que l'état de nécessité, parce qu'il ne répond pas semble-t-il au même degré d'urgence. Son domaine d'application est donc différent de celui de l'état de nécessité et on peut d'ores et déjà s'interroger sur de potentielles applications au-delà de la seule question de l'aide apportée aux étrangers en situation irrégulière. Une décision du Tribunal administratif de Besançon du 28 août 2018 montre déjà que le principe de fraternité pourrait peut-être remettre en cause la validité de certains arrêtés municipaux dits « anti-mendicité » dont le non-respect peut être constitutif d'une contravention pénale¹⁵.

¹³ Cons. const. 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC (§§101-109).

¹⁴ Ou, à tout le moins, d'un péril grave pour son intégrité physique.

¹⁵ V. TA Besançon 28 août 2018, n° 1801454 : AJDA 2018, p. 1640. Le tribunal dans cette affaire a jugé que la conciliation entre la liberté d'aider autrui et la sauvegarde de l'ordre public était équilibrée car l'arrêté était limité dans le temps et dans l'espace et s'appuyait sur des troubles réels à l'ordre public. *A contrario*, on peut donc en déduire qu'un arrêté trop général et pas assez justifié par de réels troubles serait jugé contraire au principe de fraternité ; car, l'éloignement des centres villes des personnes sans-abris affaiblit leur prise en charge par les associations caritatives.