



HAL
open science

Conseil constitutionnel et éloignement des étrangers

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. Conseil constitutionnel et éloignement des étrangers : un tonneau des Danaïdes constitutionnel. Titre VII – Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2021, Le droit des étrangers, 6, pp.12-22. hal-03186098

HAL Id: hal-03186098

<https://hal.science/hal-03186098>

Submitted on 5 May 2021

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.

Copyright

CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET ÉLOIGNEMENT DES ÉTRANGERS : UN TONNEAU DES DANAÏDES CONSTITUTIONNEL

[Serge Slama](#)

Conseil constitutionnel | « Titre VII »

2021/1 N° 6 | pages 12 à 22

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-titre-vii-2021-1-page-12.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Conseil constitutionnel.

© Conseil constitutionnel. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Conseil constitutionnel et éloignement des étrangers : un tonneau des Danaïdes constitutionnel

Serge SLAMA

Professeur de droit public à l'Université Grenoble Alpes

RÉSUMÉ

Depuis 1980, le Conseil constitutionnel a forgé, en une quinzaine de décisions DC ou QPC une protection en demi-teinte des étrangers en instance d'éloignement. Appréhendé comme un tonneau des Danaïdes constitutionnel, ce contentieux pose des difficultés au juge constitutionnel pour dégager une protection satisfaisante dans le contexte où il reconnaît une large marge d'appréciation au législateur en matière migratoire. Certes, le Conseil s'est montré exigeant lorsqu'il s'est agi de préserver les compétences respectives des deux ordres de juridiction, ainsi que les garanties formelles s'y rattachant. Toutefois, réforme après réforme, il a eu tendance à valider les affaiblissements successifs et continus des garanties substantielles au nom de l'efficacité des procédures et de la lutte contre l'immigration irrégulière.

Mercredi 28 juillet 1989. Le Conseil constitutionnel examine dans sa séance la constitutionnalité de la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France¹. Sur rapport du professeur Robert², qu'il a présenté comme « une véritable leçon d'agrégation »³, les membres du

Conseil débattent de la constitutionnalité des dispositions de ce texte qui a prévu le transfert au juge judiciaire de l'entier contentieux des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (« APRF »). En septembre 1986, le législateur avait en effet instauré les APRF en confiant ce contentieux

1. Compte-rendu de la séance du 28 juillet 1989, pp. 12 - 26. Disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1989-07-28.pdf

2. Jacques Robert a systématiquement rapporté les textes portant sur le droit des étrangers lorsqu'il était membre du Conseil entre 1989 et 1998.

3. Compte-rendu de la séance du 28 juillet 1989, *op. cit.*, p. 25 (propos de M. Francis Mollet-Vieville).

aux tribunaux administratifs⁴ - transfert qui avait été validé par le juge constitutionnel⁵. Or, pour Jacques Robert, le transfert envisagé de l'entier contentieux des mesures d'éloignement au juge judiciaire par la loi « Joxe » méconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé en 1987 dans la décision *Conseil de la concurrence*⁶. En effet, pour le professeur de droit, à l'exception du maintien en rétention dont le contrôle appartient au juge judiciaire en vertu de l'article 66 de la Constitution⁷, « *la police des étrangers relève traditionnellement de la compétence de la juridiction administrative* »⁸. Il reconnaît toutefois qu'en la matière, on n'est pas en présence « *de deux blocs de compétence totalement clairs, séparés par le canyon du Colorado* »⁹.

La discussion s'engage alors sur la question de savoir si l'intérêt d'une bonne administration de la justice justifierait l'unification du contentieux de l'éloignement au bénéfice du seul judiciaire. Jacques Robert fait en effet valoir que, contrairement au juge administratif¹⁰, le juge judiciaire est habitué aux procédures de référé en urgence, à l'oralité des débats et de plus les cent quatre-vingts TGI couvrent l'ensemble du territoire (contrairement aux vingt-six tribunaux administratifs de l'époque).

C'est alors que le président Badinter interroge le rapporteur sur les positions des représentants des magistrats et du Conseil d'État. Le rapporteur répond que les syndicats de magistrats judiciaires, tout comme le premier président de la Cour de cassation (Pierre Drai), ont revendiqué le monopole du juge judiciaire sur ce contentieux alors que le vice-président du Conseil d'État (Marceau Long) a « *fermement revendiqué* » la compétence de la juridiction administrative sur les APRF¹¹. Par ailleurs, le ministre de l'Intérieur, rencontré récemment par l'un des membres du Conseil (Maurice Faure), et le Directeur des libertés publiques et des affaires juridiques (Jean-Marc Sauvé), s'approprièrent à une censure sur ce point¹². C'est alors que Robert Badinter s'étonne de la position adoptée par les représentants des magistrats qui relève, selon lui, du « *masochisme* » compte tenu de la charge que représenterait le transfert de l'entier contentieux de la reconduite au juge judiciaire¹³.

À l'issue de ce débat, le Conseil constitutionnel adopte la position de son rapporteur : la censure des dispositions critiquées est décidée en raison de la violation du PFRLR de compétence exclusive du juge administratif car – comble de l'ironie – il estime alors que « *les litiges liés à ces situations ne sont pas d'une nature ou d'une fréquence*

4. Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, article 22.

5. Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

6. Cons. const., déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

7. Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945*, cons. 4.

8. Compte-rendu *préc.*, p.18.

9. *Ibid.*, p. 21.

10. Rappelons que les référés administratifs d'urgence seront instaurés par la loi du 30 juin 2000 suite, notamment, à l'affaire *Ben Salem & Taznaret* (TC 12 mai 1997, *Préfet de Police de Paris c/ TGI de Paris*, n° 03056 ; au Lebon).

11. Compte-rendu *préc.* p.22.

12. *Ibid.*, p.25.

13. *Ibid.*, p.21.

telle qu'ils puissent entraîner une dérogation aux règles normales de compétence »¹⁴.

Au-delà de l'aspect anecdotique, les paroles du président Badinter traduisent un certain état d'esprit lorsque le contentieux de l'éloignement des étrangers est traité par le juge constitutionnel : ce contentieux est appréhendé comme le tonneau des Danaïdes. Pourtant, à l'époque, selon les chiffres donnés par le secrétaire général, Bruno Genevois¹⁵, ce contentieux représentait 8000 APRF et 2 000 rétentions administratives. De nos jours, l'administration édicte chaque année près de 140 000 mesures d'éloignement et ce contentieux représente 120 000 requêtes devant les juridictions administratives générales, soit plus de 40% du contentieux¹⁶ et donne lieu à plus de 40 000 demandes de maintien en rétention au juge des libertés et de la détention (JLD)¹⁷. Au total, 35 000 mesures d'éloignements sont exécutées¹⁸.

Près de vingt ans plus tard, à la demande du président de la République Nicolas Sarkozy, le ministre de l'Intérieur Brice Hortefeux a mis en place une commission présidée par Pierre Mazeaud afin d'envisager l'unification du « contentieux de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers » au besoin en modifiant la Constitution. La commission « Mazeaud » écarta néanmoins cette idée en estimant « *qu'indépendamment même des problèmes constitutionnels et conventionnels qu'ils soulèvent, leurs inconvénients de tous ordres pèsent beaucoup plus lourdement que leurs avantages, en partie illusoire* »¹⁹. Dans le

même sens, un récent rapport du Conseil d'État sur le contentieux des étrangers souligne que « *les règles contentieuses [...] sont, avec le temps, devenues d'une rare complexité [...]. L'asymétrie qui existe habituellement entre les deux parties au procès administratif (le requérant et l'administration) s'en trouve, en cette matière, sensiblement accrue. Elle fait peser une responsabilité supplémentaire sur le juge administratif, à laquelle s'ajoute celle, plus lourde encore, qui résulte de l'enjeu souvent déterminant de sa décision pour le requérant : rares sont les jugements administratifs qui emportent des conséquences aussi décisives sur la vie des demandeurs* »²⁰.

Depuis 1980, le Conseil constitutionnel a rendu près d'une dizaine de décisions DC sur la constitutionnalité de réformes du contentieux de l'éloignement des étrangers, complétées depuis 2010 par une demi-douzaine de QPC. Ce corpus assez conséquent permet d'appréhender la protection en demi-teinte apportée depuis quarante ans par le juge constitutionnel aux étrangers en instance d'éloignement.

Si le Conseil constitutionnel s'est montré exigeant lorsqu'il s'est agi de préserver les compétences respectives des deux ordres de juridiction, et les garanties qui s'y rattachent (I.), il a eu tendance à valider, décision après décision, des affaiblissements des garanties substantielles au nom de l'efficacité des procédures et de la lutte contre l'immigration irrégulière érigée en objectif de valeur constitutionnelle (II.).

14. Cons. const., déc. n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 28.

15. Compte-rendu préc., p.24.

16. Cf. « Entretien. 3 questions à Jacques-Henri Stahl », *Droit administratif* n° 12, déc. 2020, entretien 3.

17. Ministère de la Justice, *Les chiffres clés de la Justice 2019*, p. 13. URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/CC%202019_V8.pdf.

18. Ministère de l'Intérieur, *L'essentiel de l'immigration, Éloignements et départs des étrangers en situation irrégulière en 2019 : Chiffres clés*, 2020.

19. Commission « Mazeaud » sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, juillet 2008, p.84.

20. Conseil d'État, *Étude à la demande du Premier ministre : 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous*, 2020, p.8.

I. L'affirmation de garanties formelles liées à la dualité de juridiction

Depuis 1980, le Conseil constitutionnel a constamment et fermement fait respecter par le législateur la dualité de juridiction sur le contentieux de l'éloignement des étrangers (A.), tout en apportant devant chacun de ces juges un certain nombre de garanties liées à l'effectivité des recours (B.).

A. Préservation de la dualité de juridiction

Cette dualité de juridiction a d'abord été affirmée au bénéfice du juge judiciaire par la censure des dispositions de la loi « Bonnet » qui visaient, en 1980, à légaliser la pratique de rétention administrative des étrangers aux fins d'éloignement. Dans sa décision n° 79-109 DC, le Conseil constitutionnel a en effet estimé qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, la liberté individuelle « ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ». Or, en l'espèce, si le législateur pouvait valablement prévoir l'intervention d'un juge au-delà de quarante-huit heures de rétention administrative, il ne

pouvait en revanche, dans certaines hypothèses, retarder l'intervention d'un juge judiciaire au-delà de sept jours pour prolonger un tel régime de « *détention administrative* »²¹.

Bien que cette décision ait été adoptée à l'unanimité, il résulte des archives du Conseil que le rapporteur René Brouillet n'avait pas proposé la censure²². C'est au cours de la discussion que Robert Lecourt²³ fit valoir qu'un texte qui ne prévoit l'intervention d'un juge qu'après 48 heures est « *un texte dangereux* » car il craignait qu'en cas de déclaration de conformité, « *bientôt une législation abondante ne surgisse autorisant des cas très divers d'internement pour 48 heures* »²⁴. Après un débat, le président René Frey proposa alors de valider le délai de quarante-huit heures, qui « *ne lui apparaît pas déraisonnable si on le compare à celui prévu en la matière de garde à vue* », et de censurer celui de sept jours « *en tant qu'[il] autoriserait des détentions arbitraires* »²⁵.

Ce cadre a permis ensuite la censure du régime de maintien en zone de transit sur rapport de Jacques Robert²⁶. Tout en estimant que celui-ci n'engendrait pas un degré de contrainte comparable à celui résultant d'un placement en rétention²⁷, Jacques Robert a jugé qu'il n'en affectait pas moins « *la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet* » en raison de « *l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée* »²⁸. Dès lors,

21. Cons. const., déc. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, *préc.*, cons. 4.

22. Compte-rendu de la séance du 9 janvier 1980, pp. 3 - 14. Disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1980-01-09.pdf.

23. Avocat de formation et résistant, René Lecourt avait été député MRP, garde des Sceaux de plusieurs gouvernements de la IV^e République, ministre de la Coopération du Gouvernement Debré sous la V^e République puis juge et président de la Cour de justice des Communautés européennes avant d'être nommé au Conseil constitutionnel en 1979.

24. Compte-rendu du 9 janv. 1980, *préc.*, p.12.

25. *Ibid.*, pp. 13-14.

26. Compte-rendu de la séance du 24 février 1992. Disponible sur https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/PV/pv1992-02-25.pdf.

27. Pour une critique de cette idée cf. D. Lochak, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers) », *JDI* 1992. 677 ; F. Julien-Laferrrière, « De l'application des accords de Schengen au statut des zones d'attente : chronique d'une loi annoncée », *AJDA* 1992. 656.

28. À cette époque les étrangers étaient retenus à Orly et Roissy dans les hôtels Arcade et Ibis transformés en zones d'attente. Jacques Robert fit néanmoins valoir dans son rapport que « le confort d'une prison n'a jamais changé sa nature juridique ».

le législateur aurait dû prévoir, selon des modalités appropriées, et dans les meilleurs délais, l'intervention de l'autorité judiciaire « *afin d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure* »²⁹.

Enfin, plus récemment, s'agissant des demandes d'asile en rétention, le juge constitutionnel a validé l'interprétation constante par la Cour de cassation de l'article L. 556-1 du CESEDA déclarant le juge judiciaire incompétent pour connaître, à l'occasion de son contrôle de la rétention administrative, de toute contestation portant sur la légalité de l'arrêté de maintien en rétention³⁰ – et ce malgré la jurisprudence *SCEA du Chêneau*³¹. Pourtant, depuis la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016, le JLD est exclusivement compétent pour contrôler la légalité du placement en rétention³².

Il rappelle néanmoins que le juge judiciaire conserve, en tout état de cause, la faculté d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient « *et pour tout autre motif que celui tiré de l'illégalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement de l'étranger qui relèvent de la compétence du juge administratif* »³³.

On constate donc que la compétence du juge administratif sur le contrôle de la légalité des mesures d'éloignement est plus fermement préservée par le juge constitutionnel que celle du juge judiciaire sur le contrôle de la rétention. Cela ne se fait toutefois pas sans exigences à l'égard du juge administratif.

B. L'exigence de garanties appropriées dans l'exercice de ces contrôles juridictionnels

C'est sous réserve de « *garanties appropriées* » que le Conseil constitutionnel estime en 1986 que le législateur pouvait prévoir les mesures permettant à l'autorité administrative « *d'ordonner à un étranger se trouvant en situation irrégulière sur le territoire français de quitter celui-ci* ». Mais celles-ci doivent « *donner lieu à un recours juridictionnel devant le tribunal administratif assorti d'une demande de sursis à exécution* »³⁴. Ce cadre doit, précise-t-il en 1990, « *assurer l'exécution effective de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière tout en sauvegardant les droits des intéressés* »³⁵. Et la modification du délai d'intervention du juge judiciaire (de 24 à 48h) ne doit pas faire « *obstacle au droit reconnu à l'étranger de contester la décision administrative qui le*

Ces détentions arbitraires, sans fondement légal, vaudront à la France une condamnation (CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, n° 19776/92).

29. Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 15. La loi « Quilès » viendra par la loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 créer les zones d'attente avec une durée maximale de privation de liberté de 20 jours et une prolongation par le juge judiciaire dans les 96 heures.

30. La Cour de cassation juge que « toute contestation portant sur l'existence, la date ou le contenu de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formalisée en cours de rétention échappe au contrôle du juge judiciaire pour relever de la compétence du juge administratif » (Cass. civ. 1re, 6 mars 2019, n° 18-13.90).

31. TC, 17 oct. 2011, *Préfet de la région Bretagne, préfet d'Ille-et-Vilaine, SCEA du Chêneau*, n° 3828; Lebon 2011, concl. J-D Sarcelet.

32. Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2017, n° 17-10.207, *AJDA* 2017. 2549, avis P. Ingall-Montagnier ;

33. Cons. const., déc. n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, *M. Lamin J.* [Compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention], paragr. 10 et 11.

34. Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *préc.*, cons. 10.

35. Cons. const., déc. n° 89-266 DC du 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 7.

contraint à quitter le territoire français » devant le juge administratif³⁶.

Dans sa décision de 1993 portant « statut constitutionnel des étrangers »³⁷, il consolide ces garanties en mentionnant que s'il est « *loisible au législateur de modifier les cas dans lesquels une mesure de rétention peut être imposée à un étranger qui doit quitter le territoire* », celle-ci n'est possible que « *pendant le temps strictement nécessaire à son départ* », à condition que « *cette rétention ne [puisse] intervenir que dans des cas et sous des formes et conditions strictement définis par lui, sous le contrôle du juge et dans le respect des droits de la défense* »³⁸.

La procédure doit aussi préserver les droits des demandeurs d'asile. Ainsi, en 1992, s'il valide le principe de la procédure d'asile à la frontière au regard du droit constitutionnel d'asile garanti par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, c'est que ce droit lui paraît garanti dès lors où le refus d'entrée ne peut être opposé à l'étranger que « *s'il apparaît que sa demande d'asile est manifestement infondée* »³⁹. En 1997, il censure d'ailleurs des dispositions de la loi « Debré » qui avaient prévu l'accès par les services du ministère de l'Intérieur et de la gendarmerie nationale aux données du fichier informatisé des empreintes digitales des demandeurs d'asile créé à l'OFPPA en vertu du principe de confidentialité de la demande d'asile⁴⁰.

Plus spécifiquement à propos de la demande d'asile en rétention, elle est validée en 2003 compte tenu de l'existence de certaines garanties légales : d'une part, le délai de cinq jours durant lequel la demande d'asile en rétention doit être formulée ne saurait courir à défaut d'information de l'étranger retenu et, d'autre part, la loi mentionne le fait que l'étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la CEDH⁴¹. Et s'agissant de la compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien, le Conseil formule une réserve d'interprétation visant à assurer la conformité des dispositions critiquées avec l'article 16 de la DDHC : l'effectivité du recours est garantie par le fait que le demandeur d'asile retenu peut toujours saisir le juge administratif en référé-liberté⁴². Ce faisant, il fait sienne une jurisprudence bien établie du Conseil d'État⁴³ et qui n'est d'ailleurs pas sans lien avec les exigences issues du droit de l'Union⁴⁴.

Enfin, s'agissant des Obligations de quitter le territoire français (OQTF) notifiées aux étrangers en détention⁴⁵, l'Observatoire international des prisons (OIP) a initié une QPC contre des dispositions du CESEDA, car le délai de contestation des OQTF n'était que de quarante-huit heures à compter de leur notification et le juge administratif devait alors statuer dans les soixante-douze heures. Reconnaisant l'ineffectivité de ce recours, le juge constitutionnel censure ces dispositions en

36. Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 55.

37. B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871.

38. Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 98.

39. Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 février 1992, *préc.*, cons. 11.

40. Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *préc.*, cons. 22.

41. Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 56.

42. Cons. const., déc. n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, *préc.*, paragr. 14.

43. CE, 20 février 2017, n° 407505 ; CE, 13 juin 2017, n° 410812.

44. Cf. CJUE, 30 mai 2013, *Arslan*, n° C-534/11 ; CE, 20 octobre 2016, n° 395105 ; CE, 6 mai 2019, n° 416088.

45. Voir le travail d'enquête à l'origine de cette QPC : OIP-SF, Gisti et la Cimade, *Contestation des obligations de quitter le territoire français notifiées en prison : pas l'ombre d'un droit*, Rapport, décembre 2017.

reconnaissant que ce délai maximum de cinq jours constitue un « *délai particulièrement bref* »⁴⁶. Suite à cette censure, la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 a fixé un nouveau régime de notification des OQTF en détention – validé par le Conseil constitutionnel⁴⁷.

Cette décision est d'ailleurs révélatrice qu'en droit des étrangers, probablement plus qu'ailleurs, le juge constitutionnel a tendance à filtrer les moutiques procéduraux tout en laissant passer les chameaux liberticides au nom de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière⁴⁸.

II. La validation d'affaiblissements successifs au nom de la lutte contre l'immigration irrégulière

Depuis une vingtaine d'années, décision après décision, le Conseil constitutionnel a validé, sans guère de réserves, les affaiblissements successifs des garanties apportées aux étrangers en instance d'éloignement et du contrôle exercé par les juges (A.) et l'exceptionnalisation de certaines procédures (B.).

A. Les affaiblissements successifs et continus des garanties et du contrôle juridictionnel

Réforme après réforme, le législateur a fait évoluer les modalités du contrôle juridictionnel dans l'optique d'augmenter l'efficacité du dispositif d'éloignement des étrangers en séjour irrégulier au détriment de la protection de leurs droits. La totalité de ces restrictions a été validée au nom de la lutte contre l'immigration irrégulière consacrée dès 2003 comme participant à l'objectif de valeur constitutionnelle de la sauvegarde de l'ordre public⁴⁹.

S'agissant de l'intervention du juge judiciaire, le Conseil constitutionnel a, d'une part, admis que le « *plus court délai possible* », qui a été de vingt-quatre heures de 1981 à 1997, passe successivement à quarante-huit heures⁵⁰, puis, afin d'inverser l'intervention des deux ordres de juridiction, à cinq jours dans l'intérêt d'une « *bonne administration de la justice* » et afin de « *garantir l'examen prioritaire de la légalité* » des mesures d'éloignement par le juge administratif⁵¹. Et ce n'est qu'en cas de cumul d'une garde à vue et d'une rétention administrative que, pour respecter sa propre jurisprudence⁵², le juge constitutionnel formule une réserve d'interprétation exigeant que la durée de la garde à vue soit prise en compte pour déterminer le délai avant l'expiration duquel un magistrat du siège doit intervenir⁵³.

46. Cons. const., déc. n° 2018-709 QPC du 1^{er} juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres* [Délais de recours et de jugement d'une OQTF notifiée à un étranger en détention], paragr. 6 à 10.

47. Cons. const., déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, paragr. 79 à 84.

48. L. Imbert, « Validation de la loi asile-immigration par le Conseil constitutionnel : de l'importance de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière », *Constitutions*, 2018, p. 421.

49. Cons. const., déc., n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, *préc.*, cons. 23.

50. Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 av. 1997, *préc.*, cons. 55.

51. Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 72.

52. Cons. const., n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Daniel W.* [garde à vue], cons. 66 ; déc. n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *Bulent A. et a.* [garde à vue terrorisme], cons. 5.

53. Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *préc.*, cons. 74.

D'autre part, il a admis, sans sourciller, les allongements successifs de la durée de rétention et de l'intervalle entre deux interventions du JLD aux fins de prolongation du maintien en rétention. Alors qu'en 1986⁵⁴ et en 1993⁵⁵, il avait censuré l'allongement de la rétention de sept à dix jours, il a ensuite validé l'allongement à trente-deux jours (48h + 15j + 15j)⁵⁶ puis à quarante-cinq jours (5j + 20j + 20j)⁵⁷ et, enfin, à quatre-vingt-dix jours (48h + 28j + 30j + 15j + 15j). Cette durée est apparue au Conseil, sans qu'on sache très bien pourquoi, « adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public poursuivi par le législateur »⁵⁸. De même, sans que l'on sache non plus très bien pour quels motifs, le juge constitutionnel a validé en 2011 les rétentions administratives longues de six mois pour les étrangers condamnés pour motif de terrorisme, tout en censurant un allongement supplémentaire de douze mois⁵⁹ - alors même qu'il est autorisé par l'article 15-6 de la directive « retour » 2008/115/CE.

S'agissant du contrôle effectué par les juges sur la rétention, le Conseil constitutionnel avait validé les différentes évolutions législatives dès lors que, d'une part, l'autorité judiciaire a toujours conservé la possibilité d'interrompre « à tout moment » la rétention, « de sa propre initiative ou à la

demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient »⁶⁰ et, d'autre part, que l'étranger soit remis en liberté en cas d'annulation par le juge administratif de l'arrêté de placement en rétention, de l'OQTF ou de la décision de ne pas accorder de délai de départ volontaire⁶¹. En revanche, avec l'inversion des deux juges entre 2011 et 2016, le JLD ne pouvait plus intervenir dans les cinq premiers jours de rétention pour libérer l'étranger alors même que le juge administratif n'avait pas compétence « pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant mené à celle-ci » - ce qui a justifié une condamnation de la France au regard de l'article 5 § 4 CESDH⁶².

On peut aussi faire un inventaire à la Prévert de toutes les autres validations par le juge constitutionnel au nom de l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'évolutions procédurales visant à accélérer le traitement du contentieux des étrangers : délai de quatre⁶³ puis de six heures de mise à disposition de la justice pour l'appel suspensif du parquet lorsque le JLD prononce la remise en liberté de l'étranger⁶⁴ ; système de « purge » des nullités antérieures au premier maintien en zone d'attente ou en rétention⁶⁵ ou encore la possibilité de tenir des audiences par des moyens de communication audiovisuelle, même sans le

54. Cons. const., déc. n° 86-216 DC du 3 sept. 1986, *préc.*, cons. 22.

55. Cons. const., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *préc.*, cons. 100. Cf. la position prémonitoire du rapporteur Jacques Robert, approuvée par le président Badinter : « même placée sous le contrôle du juge [judiciaire], une telle prolongation [de trois jours] me paraît porter atteinte à la liberté individuelle. Sinon où nous arrêterons-nous ? Hier, c'était 7 jours, aujourd'hui 10, demain 1 mois. Pourquoi pas trois, quatre, etc. » (Compte-rendu des séances des 12 et 13 août 1993, p.66. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-01/pv_1993-08-12-13_2_0.pdf).

56. Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, *préc.*, cons. 64.

57. Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *préc.*, cons. 75.

58. Cons. const., déc. n° 2018-770 DC du 6 sept. 2018, *préc.*, paragr. 76.

59. Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *préc.*, cons. 76.

60. Par ex. déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *préc.*, cons. 99 ; n° 2003-484 DC du 2à novembre 2003, *préc.*, cons. 66.

61. Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *préc.*, cons. 71.

62. CEDH, 12 juillet 2016, *A.M. c./ France*, n° 56324/13, § 42. Par ailleurs, l'article 15-2 de la directive 2008/115/CE prescrit la « remise en liberté si la rétention n'est pas légale ».

63. Cons. const., déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *préc.*, cons. 75.

64. Cons. const., déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *préc.*, cons. 32.

65. *Ibid.*, cons. 27.

consentement de l'intéressé⁶⁶. Bien que rencontrant une très forte opposition des représentants des avocats, elle est validée, eu égard aux garanties apportées, car elle contribue « à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics »⁶⁷. Il valide aussi l'allongement de seize à vingt-quatre heures de la retenue pour vérification du droit de circulation ou de séjour sur le territoire français⁶⁸ ou encore les mesures de surveillance susceptibles d'être imposées à l'étranger faisant l'objet d'une OQTF avec délai de départ volontaire visant à le contraindre à résider dans un lieu désigné par l'autorité administrative⁶⁹.

Malgré les nombreuses recommandations des instances nationales et internationales de protection des droits de l'homme⁷⁰ et tout en rappelant, comme exigence constitutionnelle, que « l'intérêt supérieur de l'enfant doit, notamment au regard des conditions de la rétention, faire l'objet d'une attention particulière dans la mise en œuvre de ces mesures »⁷¹, il valide la possibilité de placement en rétention d'un mineur accompagné d'un adulte⁷².

On constate donc que les procédures administratives et juridictionnelles applicables aux étrangers en instance d'éloignement sont de plus en plus dérogoires au droit commun. Ce phénomène

d'exceptionnalisation est accru s'agissant de certains régimes spéciaux.

B. La validation de l'exceptionnalisation de régimes spéciaux

Outre les procédures de demande d'asile à la frontière et en rétention, déjà évoquées, on constate que le Conseil constitutionnel a validé, à rebours des standards fixés par le droit international et européen des droits de l'homme, l'exceptionnalisation de certaines procédures.

S'agissant de l'expulsion en urgence absolue, alors même que les étrangers concernés ne bénéficient d'aucune garantie préalable (absence de consultation de la Commission d'expulsion – COMEX – composée de magistrats), le juge constitutionnel n'exige pas de recours suspensif de plein droit pour respecter le droit au recours effectif découlant de l'article 16 de la DDHC⁷³ et ce malgré une condamnation récente sur ce point par le juge européen des droits de l'homme⁷⁴. Pourtant, la Cour de Strasbourg exige, dans le cadre de la protection par ricochet attachée à l'article 13 CESDH, un recours de plein droit suspensif lorsqu'une

66. Pourtant, dans des décisions antérieures, le Conseil constitutionnel exigeait comme garantie légale le consentement des intéressés (déc. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, *préc.*, cons. 80 à 83), sauf outre-mer (n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *préc.*, cons. 91 à 93).

67. Cons. const., déc. n° 2018-770 DC du 6 sept. 2018, *préc.*, paragr. 26 à 30

68. *Ibid.*, paragr. 99.

69. *Ibid.*, paragr. 89 à 93.

70. La loi de 2018 visait à mettre partiellement la France en conformité avec les exigences de la CEDH : CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07 ; CEDH, 12 juillet 2016, *R.M. et a. c. France*, n° 33201/11 ; *A.B. et a. c. France*, n° 11593/12 ; *R.K. c. France*, n° 68264/14 ; *R.C. et V.C. c. France*, n° 76491/14.

71. Cons. const., déc. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 53. V. aussi Cons. const., déc. n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.* [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge], paragr. 6.

72. Cons. const., déc. n° 2018-770 DC du 6 sept. 2018, *préc.*, paragr. 63 et 64.

73. Se conformant partiellement à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (CEDH [GC], 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07), la loi du 7 mars 2016 a introduit pour les étrangers faisant l'objet d'une OQTF des territoires de Guyane, de la Guadeloupe, de Mayotte, de Saint-Barthélemy ou de Saint-Martin un référé-liberté suspensif de plein droit (mais sans jour franc empêchant l'exécution de la mesure le temps de saisir le juge des référés).

74. CEDH, 01 février 2018, *M.A. c. France*, n° 9373/15.

expulsion expose l'intéressé à un risque réel d'atteinte au droit à la vie (art. 2 CESDH) ou à une torture ou un traitement inhumain ou dégradant (art. 3)⁷⁵. Et alors même que le juge constitutionnel a relevé que l'absence de tout délai accordé à l'étranger entre la notification de la mesure d'expulsion et son exécution d'office pour la contester « ne résulte pas des dispositions contestées »⁷⁶ ; le Conseil d'État, en bon pompier pyromane, a refusé de transmettre une nouvelle QPC contre les dispositions des articles L. 523-1 et L. 523-2 du CESEDA⁷⁷.

L'affaire Kamel Daoudi⁷⁸ a également été l'occasion pour le juge constitutionnel de se prononcer sur les assignations « longue durée » qui, mal nommées, sont en réalité sans limite de durée. Dans sa décision de 2017, il a partiellement censuré les dispositions critiquées (L. 561-1 du CESEDA) pour atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir en ce que le législateur n'avait pas prévu « *qu'au-delà d'une certaine durée, l'administration doit justifier de circonstances particulières imposant le maintien de l'assignation aux fins d'exécution de la décision d'interdiction du territoire* ». Il a aussi émis une réserve d'interprétation afin que l'administration tienne compte, pour déterminer les conditions et lieux d'assignation, « *du temps passé sous ce régime et des liens familiaux et*

personnels noués par ce dernier »⁷⁹. En revanche, il valide le principe même de ces assignations perpétuelles, car selon lui, il est loisible au législateur de ne pas fixer de durée maximale « *afin de permettre à l'autorité administrative d'exercer un contrôle sur l'étranger compte tenu de la menace à l'ordre public qu'il représente ou afin d'assurer l'exécution d'une décision de justice* ». L'autorité administrative est également libre de fixer le lieu d'assignation « *en tout point du territoire de la République* » (y compris outre-mer)⁸⁰.

Enfin, dans le même ordre d'idées, le Conseil constitutionnel a validé « l'impossible »⁸¹ libération conditionnelle des condamnés étrangers pour des faits de terrorisme soumis à une mesure d'éloignement du territoire français⁸², tout en effectuant un contrôle au regard du principe de proportionnalité des peines alors qu'il s'agit d'une condamnation⁸³.

Il n'est pas acquis qu'en quarante ans de jurisprudence le Conseil constitutionnel ait acquis un point d'équilibre satisfaisant pour assurer la protection des droits et libertés constitutionnels des étrangers en instance d'éloignement tout en prenant en compte les priorités, en termes d'efficacité et de dissuasion, que se fixe le législateur. Car on constate que malgré l'accumulation des réformes,

75. CEDH, 26 avr. 2007, n° 25389/05, *Gebremedhin c/ France*, AJDA 2007. 940 ; ibid. 1918, chron. J.-F. Flauss ; D. 2007. 2780, note J.-P. Marguénaud ; AJ pénal 2007. 476, obs. H. Gacon.

76. Cons. const., déc. n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, *M. Nabil F.* [Expulsion en urgence absolue], paragr. 10 et 11.

77. CE, 30 décembre 2016, n° 398371.

78. CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c. France*, n° 19576/08.

79. Cons. const., déc. n° 2017-674 QPC du 1er décembre 2017, *M. Kamel D.* [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion], paragr. 8 à 12. Suite à une nouvelle condamnation à une peine de prison pour un retard à un pointage, Kamel Daoudi qui est assigné depuis plus de dix ans, a saisi la CEDH (« Kamel Daoudi, suspect à perpétuité », *Le Monde*, 7 janvier 2021).

80. *Ibid.*, paragr. 12.

81. A. Ponseille, « Le Conseil constitutionnel et l'impossible libération conditionnelle des condamnés étrangers pour des faits de terrorisme soumis à une mesure d'éloignement du territoire français », *Constitutions*, 2019 p.517.

82. Cons. const., déc. n° 2019-799/800 QPC, 6 septembre 2019, *Mme Alaitz A. et autre* [Conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme]; AJ pénal 2019. 620, obs. G. Chetard ; *Constitutions* 2019 p. 541, obs. C. Chassang.

83. V. Sizaïre, « Extension du domaine de la proportion ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 24 novembre 2019. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/7573>.

la « production légale de l'irrégularité »⁸⁴ s'est considérablement accrue ; en revanche, l'efficacité du dispositif n'a jamais été substantiellement améliorée. Or il nous semble que par ses décisions, le juge constitutionnel a avalisé cette fabrique légale de l'irrégularité⁸⁵. Mais comme le soulignait le président Badinter pour clore les séances qui ont abouti à l'adoption de la « grande » décision sur le statut constitutionnel des étrangers en 1993 : « *Nous avons constitutionnalisé bien assez de choses dans cette décision [...] nous énonçons un véritable statut constitutionnel des étrangers, nous ne pouvons pas aller plus loin. [...] Tant pis, nous allons être couverts d'opprobre par Danièle LOSCHAK [sic : LOCHAK] et le GISTI mais nous n'irons pas plus loin* »⁸⁶.

84. N. De Genova, « The Legal Production of Mexican/Migrant 'Illegality' », *Latino Studies*, vol. 2, Number 2, 2004.

85. Pour une réflexion sur les discours des juges constitutionnels sur les étrangers cf. la thèse en cours de notre doctorant, en co-direction avec Guillaume Tusseau : L. Imbert, *Les étrangers imaginés par le droit constitutionnel*, 16 novembre 2020. Disponible sur <https://www.sciencespo.fr/research/cogito/home/les-etrangeurs-imagines-par-le-droit-constitutionnel>.

86. Compte-rendu préc., 13 août 1993, p. 89.