



**HAL**  
open science

## “ Droit des étrangers : quelle confiance accorder au Conseil constitutionnel ? ”

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. “ Droit des étrangers : quelle confiance accorder au Conseil constitutionnel ? ”. *Plein Droit*, 2023, 136, pp.36-39. hal-04829650

**HAL Id: hal-04829650**

**<https://hal.science/hal-04829650v1>**

Submitted on 17 Dec 2024

**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

**Si les décisions prises dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ont permis de « nettoyer » le droit français des discriminations xénophobes les plus criantes, l'institution se montre bien plus timorée dès que les QPC portent sur la sphère plus régaliennne liée à la police des étrangers.**

# Droit des étrangers : quelle confiance accorder au Conseil constitutionnel ?

**Serge Slama**

Professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes, fellow à l'Institut Convergences migrations (ICM)

Depuis l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2010, le nombre de décisions constitutionnelles en droit des personnes étrangères a quadruplé. Avant 2010, le Conseil constitutionnel avait eu l'occasion de se prononcer dans cette matière à une quinzaine de reprises, à chaque réforme des lois sur l'asile ou l'immigration. Depuis 2010, on dénombre 60 décisions<sup>1</sup>, soit 3 à 6 décisions par an, dont 10 décisions de contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des assemblées ou décision de conformité (DC), sur saisine parlementaire, et 50 décisions QPC.

Parmi ces décisions QPC, on recense, au total, 15 décisions de non-conformité totale ou partielle

(soit 30 %), 6 décisions de conformité avec réserve (soit 12 %), 28 décisions de conformité et 1 non-lieu (soit 58 % de décisions défavorables).

À partir de ce corpus artisanal, il s'agit de déterminer si, au-delà du phénomène de constitutionnalisation du droit des étrangers<sup>2</sup>, il y a lieu de miser sur le Conseil pour assurer une protection effective de leurs droits et libertés par la voie de la QPC.

## Une égalité à géométrie variable

L'examen attentif de ces décisions montre que cet outil peut s'avérer utile pour corriger certains excès du législateur – particulièrement lorsqu'il est question d'une rupture d'égalité entre Français et résidents étrangers. Le contrôle est cependant bien plus timoré dès qu'il s'agit de la sphère plus régaliennne liée à la police des étrangers ou à ses aspects répressifs.

Dans le prolongement d'une

jurisprudence forgée au début des années 1990 (n° 89-269 DC), le Conseil constitutionnel estime dans sa décision de 1993 portant statut constitutionnel des étrangers que « *les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français* » (n° 93-325 DC). Par suite, l'exclusion des personnes étrangères résidant régulièrement en France du bénéfice de certaines prestations sociales ou de certains droits ou emplois, sans justification probante, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité.

Dans notre corpus, c'est dans le domaine de la protection sociale, des droits et emplois soumis à une condition de nationalité qu'on rencontre en droit des étrangers le plus grand nombre de censures par la voie de la QPC (7 décisions de non-conformité totale ou partielle, 2 décisions de réserve et 6 de conformité, soit 53 % de décisions favorables).

Dès la première QPC, en mai 2010, a été remis en cause,

en raison de l'atteinte au principe d'égalité, le régime de cristallisation des pensions des anciens combattants des ex-colonies françaises (n° 2010-1<sup>3</sup>). Ont aussi été déclarées contraires au principe d'égalité les exigences de nationalité française à une date déterminée s'agissant de la carte du combattant (n° 2010-18) mais aussi pour bénéficier des allocations et rentes de reconnaissance et aides spécifiques au logement attribués aux anciens harkis et membres des formations supplétives (n° 2010-93) ou encore pour le bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou autre acte de violence en relation avec la guerre d'Algérie (n° 2015-530 et 2017-690).

Le Conseil constitutionnel ne s'est toutefois pas contenté de purger les discriminations liées au passé colonial de la France (souvent à moindre frais compte tenu du fait que ses décisions d'abrogation ne valent généralement que pour l'avenir) mais a aussi déclaré contraires au principe d'égalité certaines exigences de nationalité pour exercer certaines fonctions. Ainsi, dans le prolongement de la jurisprudence de la cour de Strasbourg, la condition de nationalité pour la désignation de représentants du personnel au conseil d'administration de l'Agence France-Presse institue une différence de traitement contraire au principe d'égalité (n° 2011-128). Il en est de même pour des dispositions législatives n'ouvrant qu'à certains praticiens titulaires de diplômes étrangers une voie d'accès dérogatoire aux professions médicales et pharmaceutiques (n° 2020-890).

Lorsque le législateur pose des exigences discriminatoires à l'égard des personnes étrangères qui ne reposent pas sur la seule nationalité (durée de résidence, régularité du séjour, exigence d'un titre de séjour spécifique), le Conseil

constitutionnel a, au contraire, tendance à valider ces dispositions. Ainsi, s'agissant du revenu de solidarité active (RSA), il estime justifiée la différence de traitement résultant de dispositions législatives qui imposent aux étrangers d'être titulaires depuis au moins 5 ans d'un titre de séjour autorisant à travailler sous le prétexte que cette prestation a « *pour principal objet d'inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle* » alors que c'est aussi, et surtout, un revenu minimum (n° 2011-137). Il valide aussi les exigences d'élection de domicile pour que les personnes sans domicile stable et dépourvues de titre de séjour puissent former valablement une demande d'aide juridictionnelle (n° 2013-347).

Dans le même sens, le Conseil admet conforme au principe d'égalité l'exigence d'exercer certaines fonctions ou activités en France pour bénéficier d'un accès dérogatoire à la profession d'avocat sous prétexte que le législateur a entendu « *garantir les compétences des personnes exerçant cette profession* » (n° 2016-551).

Il admet également l'exigence de nationalité française ou européenne pour bénéficier de l'agrément requis pour diriger une entreprise exerçant des activités privées de sécurité en estimant que, dans la mesure où ces professions sont associées aux missions de l'État en matière de sécurité publique, il existe un motif d'intérêt général lié à la protection de l'ordre public et de la sécurité des personnes et des biens justifiant la différence de traitement en cause (n° 2015-463).

### Un nettoyage des discriminations sexistes

S'agissant des 11 questions liées à l'état des personnes et à l'accès à la nationalité française, le juge constitutionnel se montre également

pusillanime avec 4 décisions de non-conformité totale ou partielle, dont une avec effet différé, et 2 décisions de réserve (soit 55 % de décisions favorables).

Mais, là aussi, il s'agit souvent de remettre postérieurement en cause, au regard du principe républicain d'égalité, des législations héritées du passé qui prévoyaient des modalités distinctes entre hommes et femmes, comme les dispositions de l'ordonnance du 19 octobre 1945 régissant la perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère (n° 2013-360), celles de la loi du 10 août 1927 régissant la transmission de la nationalité aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français (n° 2018-737), ou encore celles issues de loi du 28 juillet 1960 sur l'effet collectif de la déclaration reconnaîtive de nationalité (n° 2021-954).

Toutefois, il se montre beaucoup moins sensible à la différence de traitement, qu'il estime « *résiduelle* », résultant de la réforme de la filiation par l'ordonnance de 2005 entre l'ancien et le nouveau régime alors même qu'il demeure une différence de traitement sur les effets du lien de filiation sur la nationalité entre les enfants selon qu'ils sont nés en ou hors mariage (n° 2011-186/187/188/189). Il valide aussi le régime de l'ordonnance du 7 mars 1944 qui reposait pourtant sur un critère ethnico-religieux en estimant, non sans paradoxe, que les Français musulmans d'Algérie n'étaient pas « *placés dans une situation identique* » à celle des Français régis par le statut civil de droit commun (n° 2012-259).

Dans le prolongement d'une précédente décision (n° 96-377 DC), il admet aussi la conformité au principe d'égalité de la différence entre, d'une part, les personnes ayant acquis la nationalité française par naturalisation ou déclaration

et, d'autre part, celles auxquelles la nationalité a été attribuée à leur naissance, le législateur pouvant allonger le délai au cours duquel la déchéance de nationalité peut être prononcée à l'encontre des premières, eu égard à la gravité des incriminations en cause (n° 2014-439).

S'agissant de l'état civil, s'il invalide une législation qui n'a pas apporté les garanties nécessaires pour assurer le droit au recours juridictionnel effectif concernant la légalisation des actes publics établis par une autorité étrangère (n° 2021-972), le Conseil se contente d'émettre des réserves, assez sibyllines, à propos du régime de prescription glissant de la contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage (nos 2012-227 et 2012-264). Mais il admet aussi le régime d'imprescriptibilité de l'action du ministère public en négation de la nationalité française (n° 2013-354) et tous les contrôles sur les mariages en validant le régime d'opposition à mariage, en estimant, dans une pirouette acrobatique, que « *loin de méconnaître le principe de la liberté du mariage, ces dispositions tendent à en assurer la protection* » (n° 2012-261).

Même si l'appréciation du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel est à géométrie variable, le bilan de la QPC dans ce domaine est globalement positif et a au moins pour fonction de nettoyer le droit français des discriminations xénophobes les plus criantes, souvent également contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). Néanmoins, dès que les QPC portent sur la police des étrangers ou le droit répressif, et les atteintes aux droits et libertés des personnes étrangères, le juge constitutionnel prend bien soin de ménager le pré carré régalien

en adoptant une attitude à la Ponce Pilate.

Dans sa décision de 1993 précitée, si le Conseil constitutionnel a estimé qu'il appartient au législateur « *de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* », il a aussi admis que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes « *par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques* ».

### Des libertés réduites comme peau de chagrin

Par suite, il estime que, s'agissant des règles régissant la police des étrangers, ceux-ci se trouvent « *placés dans une situation différente de celle des nationaux* » et que le législateur peut prendre à l'égard des personnes étrangères des dispositions spécifiques. En outre, il admet que ces droits et libertés constitutionnels reconnus aux personnes étrangères doivent être conciliés avec l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, dont fait partie la lutte contre l'immigration irrégulière (nos 2003-484 DC et 2011-631 DC).

Ce cadre discursif<sup>4</sup> est donc une importante licence donnée au législateur pour pousser, loi après loi, plus loin les restrictions imposées aux personnes étrangères au nom de cet objectif.

De manière caricaturale, sur les quatre décisions QPC de notre corpus portant sur la police du séjour des étrangers<sup>5</sup>, le Conseil constitutionnel valide l'ensemble des dispositions contestées, sans aucune réserve. Ainsi en est-il des conditions d'attribution ou de renouvellement d'une carte de séjour mention « *vie privée et familiale* » au conjoint ou à la conjointe étrangère d'un

ressortissant français (nos 2013-312 et 2013-358). Sont également validées les dispositions permettant d'imposer aux mineurs non accompagnés des examens osseux aux fins de détermination de l'âge (n° 2018-768) ou la création d'un fichier biométrique permettant de croiser différents fichiers pour réaliser les évaluations de la minorité car le législateur aurait entendu mettre en œuvre « *l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* » en balance avec l'objectif de... lutte contre l'immigration irrégulière (n° 2019-797, cons. 8).

Le bilan n'est pas plus réjouissant s'agissant du droit d'asile, seul droit constitutionnel spécifique aux personnes étrangères (n° 93-325 DC, cons. 4). Le Conseil admet ainsi le régime restrictif de recours devant la Cour nationale du droit d'asile en cas de demande d'asile en rétention (n° 2011-120) et refuse d'examiner une QPC portant sur les dispositions du Ceseda relatives à la clause d'exclusion de la protection subsidiaire au regard d'une directive européenne (n° 2010-79).

### Éloignement, des censures à la marge

S'agissant des QPC portant sur l'éloignement des étrangers, le bilan est plus protecteur qu'en apparence. D'un point de vue statistique, sur 11 décisions QPC, on recense 2 décisions de conformité totale et 2 décisions de conformité partielle, avec effet différé. Réforme après réforme, le Conseil a tendance à valider les affaiblissements successifs et continus des garanties substantielles apportées aux personnes étrangères en instance d'éloignement au nom de la (prétendue) efficacité des procédures d'éloignement et du credo de la lutte contre l'immigration irrégulière.

Les censures sont essentiellement liées au régime des obligations

de quitter le territoire français (OQTF) notifiées en détention, grâce au travail acharné de l'Observatoire international des prisons – section française (OIP), qui est à l'origine de plusieurs QPC et a obtenu autant de censures. Celles-ci portaient notamment sur les délais insuffisants, pour que le recours puisse être effectif, de contestation et de jugement de ces OQTF (n° 2018-709), sur la procédure d'exécution sur le territoire d'un autre État membre de l'UE d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction française (n° 2021-905) ou encore sur le droit de recours dans le cadre d'une procédure d'exécution sur le territoire français d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction d'un autre État membre de l'UE (n° 2021-959).

De même, concernant l'assignation à résidence sans fin que subit Kamel Daoudi depuis 2008, le juge constitutionnel a pu partiellement censurer certaines dispositions critiquées (n° 2017-674), mais avec un effet différé, ce qui a permis au législateur de maintenir, dans son principe, ces assignations longue durée. Le Conseil invalide aussi, avec effet différé, l'impossible libération conditionnelle des condamnés étrangers pour des faits de terrorisme soumis à une mesure d'éloignement du territoire (n° 2019-799/800).

Pour le reste, il valide, moyennant quelques réserves, le régime de contestation des arrêtés de maintien en rétention de demandeurs d'asile (n° 2019-807) et, en contradiction flagrante du droit de la CEDH, il admet aussi le régime contentieux des expulsions en urgence absolue qui ne bénéficient pas de recours suspensif de plein droit (n° 2016-580).

L'ensemble des exorbitances procédurales du régime de refus d'entrée opposé aux frontières françaises sont aussi validées sans

réserve : absence d'assistance d'un avocat dans ces procédures (n° 2019-818) ; délai d'intervention du juge des libertés et de la détention pour prononcer le maintien en zone d'attente de 96 heures versus 48 heures en rétention (n° 2021-983) ; régime de sanction des transporteurs (n° 2019-810) et obligation de réacheminement (n° 2021-940) issus des traités Schengen. Pour ce faire, il estime – sans rire – que s'il résulte de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen une interdiction pour le législateur de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* » nécessaire à la garantie des droits, l'obligation de réacheminement imposée aux transporteurs ne porte pas atteinte à cette exigence car elle ne mettrait pas à la charge de ces entreprises une obligation de surveiller la personne devant être réacheminée ou d'exercer sur elle une contrainte...

Enfin dans le domaine du droit pénal ou de la procédure pénale, sur cinq décisions, le Conseil ne prononce qu'une censure. Ainsi, il admet la constitutionnalité, au regard du principe de nécessité et de proportionnalité des peines, du cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger, eu égard à la nature différente de ces sanctions (n° 2016-621) et du délit d'entrée et de séjour irréguliers (n° 2011-217) – alors même que celui-ci a été jugé contraire au droit de l'UE (CJUE, 2011, *Achughabian*).

Il valide l'ensemble des régimes de contrôles d'identité – dont la fonction est souvent de permettre l'interpellation d'étrangers en séjour irrégulier – aussi bien dans le cadre de réquisitions du parquet (n° 2016-606/607) ou spécifiques à Mayotte (n° 2022-1025). Dans ces affaires, et de façon constante

depuis 1993 (n° 93-323 DC), il ne formule qu'une seule réserve d'interprétation – purement incantatoire – selon laquelle ces contrôles ne doivent « *s'opérer qu'en se fondant sur des critères excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes* ».

La seule censure dans ce domaine, probablement la plus belle, est la décision liée au délit de solidarité, par laquelle le Conseil consacre la valeur constitutionnelle du principe de fraternité et son corollaire la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, « *sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (n° 2018-717/718). Mais si les deux intéressés (Cédric Herrou et Pierre-Alain Mannoni) seront en définitive relaxés, il s'agit là aussi d'une victoire à la Pyrrhus. Certes, le législateur a dû élargir le champ de l'immunité à « *toute aide* » apportée dans un but humanitaire. Toutefois, celle-ci ne vaut que pour l'aide au séjour et la circulation et non pour l'aide à l'entrée. La fraternité, tout comme la plupart des droits et libertés garantis par la Constitution, connaît donc les frontières... ♦

1. Ces décisions ont été collectées à partir des items « immigration », « étrangers » et « nationalité ».

2. Sur ce phénomène, voir : Serge Slama, « Conseil constitutionnel et éloignement des étrangers : un tonneau des Danaïdes constitutionnel » ; et Vincent Tchen, « La constitutionnalisation du droit des étrangers : essai de synthèse », *Titre VII*, n° 6, avril 2021.

3. Les références des décisions indiquées ne concernent que des QPC, sauf mention contraire.

4. Pour une analyse critique de ce discours, voir Louis Imbert, « Endorsing migration policies in constitutional terms : the case of the French Constitutional Council », *European Journal of Legal Studies*, 2022.

5. Dans la mesure où la plupart des lois relatives à l'immigration sont déferées, par l'opposition, au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori des lois, peu de dispositions relatives à la police des étrangers peuvent donner lieu à une QPC.