

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET ÉTRANGERS

Olivier LECUCQ¹

L'identification, le contenu et l'efficacité des droits fondamentaux doivent beaucoup au droit appliqué aux étrangers. La raison en est simple et, somme toute, évidente. Dans un État de droit développé, il y a peu, pour ne pas dire pas, de catégories humaines dont les droits et libertés sont susceptibles d'être aussi bousculés, voire bafoués, compte tenu de la condition qui est la leur par rapport à la communauté étatique de référence. N'appartenant pas à la communauté nationale, l'étranger dispose d'un statut juridique nettement dégradé par rapport à celui du national, notamment en termes d'accès et de maintien sur le territoire, et en termes de participation à la vie politique. N'ayant pas, comme dirait le Conseil constitutionnel, de droit général et absolu d'entrée et de séjour sur le sol français, pas davantage que la jouissance des droits politiques, l'étranger voit la plupart de ses droits immédiatement pâtir de cette situation et devoir être conciliés avec les objectifs de maîtrise des flux migratoires et de lutte contre l'immigration irrégulière, qui sont, depuis longtemps, devenus des impératifs de politique publique. C'est pourquoi, à nulle autre pareille, les étrangers sont une catégorie de personnes vulnérables, soumise au joug de la politique d'immigration (nationale et européenne), et c'est pourquoi leurs droits ont toujours constitué une sorte de laboratoire expérimental de ce que peut subir tel ou tel droit fondamental – et jusqu'à quel point.

Sur le plan processuel, pareillement, l'aptitude d'un recours juridictionnel à offrir une protection utile aux étrangers est souvent le révélateur de son opportunité et de son efficacité. Parce qu'ils sont vulnérables, que leur condition rend leurs droits fondamentaux plus exposés aux atteintes de la puissance publique, les étrangers représentent en effet un bon paramètre de l'accessibilité et de l'efficacité d'une voie de droit dans la protection des droits et libertés. Plus encore évidemment lorsque le recours considéré est précisément conçu pour assurer la défense des droits fondamentaux. L'usage et la portée de la procédure du référé-liberté, introduite en 2000, devant le juge administratif français en ont offert une belle illustration. Les étrangers, et leurs avocats, ont en effet vite compris l'intérêt qu'ils pouvaient trouver à actionner cette procédure d'urgence. Certes, les critères définis à l'article L. 521-2 du code de justice administrative pour justifier l'intervention du juge des référés en défense des droits invoqués sont, pour les étrangers comme pour les autres justiciables, difficiles

¹ Professeur à l'Université de Pau & Pays Adour, Directeur de l'Institut d'Études Ibériques et Ibéro-Américaines (UMR DICE 7318), Univ Pau & Pays Adour, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France.

à remplir (urgence, atteinte à un droit manifestement illégale). Il n'en demeure pas moins que les quasis vingt années d'utilisation du référé-liberté ont montré combien cette procédure pouvait être salutaire, à tout le moins utile, à bien des égards, pour la protection de leurs droits et libertés, qu'il s'agisse par exemple de protéger leur vie privée et familiale, leur droit de recours ou leur statut de demandeur d'asile.

Qu'en est-il de la question prioritaire de constitutionnalité après quelque dix années d'exercice ?

Avant d'en venir aux points d'analyse, quelques données d'ordre statistiques offrent des premiers éléments de réponse.

Sauf erreur de notre part², jusqu'aux décisions QPC du 25 octobre 2019, sur les 811 QPC rendues³, 23 décisions intéressent directement les étrangers⁴, encore qu'il convient de préciser que, parmi ces dernières, 4 portent sur l'acquisition de la nationalité de sorte que, pour ce que les concerne, la prise en compte de l'extranéité par les lois contestées impacte surtout des personnes devenues françaises⁵. La transmission des questions est le fait, à parts presque égales, du Conseil d'État pour 14 d'entre elles contre 10 pour la Cour de cassation. Quant à la nature des décisions prises, l'on relève 13 décisions de conformité⁶, 3 décisions de conformité sous réserve⁷, 6 décisions de non-conformité totale ou partielle dont 2 en outre assortie d'une réserve et 4 avec un effet différé de l'abrogation⁸, et 1 décision de non-lieu à examiner la question⁹. Pour ce qui est des dispositions contestées, sans surprise, ce sont celles du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui sont le plus sollicitées (14 cas), mais le code de procédure pénale (3 cas), le code civil (2 cas), le code de l'action sociale et des familles (2 cas), des dispositions relatives à la nationalité ou encore des dispositions de lois de finances ont également été incriminés.

S'agissant par ailleurs des droits et libertés garantis par la Constitution qui ont été invoqués à l'occasion de ces différents recours, le panel est assez large. Il intéresse fréquemment le droit au recours effectif (auquel s'adjoignent parfois les droits de la défense), le principe d'égalité, le droit au respect de la vie privée et les principes de droit pénal (nécessité, proportionnalité et individualisation des peines), mais aussi, de manière notable, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir (composante de la liberté personnelle), le droit de mener une vie familiale normale et la liberté de mariage¹⁰, ainsi que les principes de répartition des compétences entre les deux

2 La recherche des QPC intéressant directement, et spécifiquement, les étrangers a été réalisée en utilisant le mot clef « étrangers » sur le moteur de recherche du site web du Conseil constitutionnel.

3 Dont un certain nombre jointes.

4 Décisions 1 QPC, 79 QPC, 120 QPC, 137 QPC, 217 QPC, 227 QPC, 264 QPC, 312 QPC, 347 QPC, 358 QPC, 427 QPC, 439 QPC, 580 QPC, 606/607 QPC, 674 QPC, 690 QPC, 709 QPC, 717/718 QPC, 741 QPC, 768 QPC, 797 QPC, 799/800 QPC, 807 QPC, 810 QPC.

5 Décisions 227 QPC, 264 QPC, 427 QPC et 439 QPC.

6 Décisions 120 QPC, 137 QPC, 217 QPC, 312 QPC, 347 QPC, 358 QPC, 427 QPC, 580 QPC, 741 QPC, 768 QPC, 797 QPC, 807 QPC, 810 QPC.

7 Décisions 227 QPC, 264 QPC, 606/607 QPC.

8 Décisions 1 QPC, 674 QPC, 690 QPC, 709 QPC, 717/718 QPC, 799/800 QPC.

9 Décision 120 QPC, en ce que les dispositions contestées se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive qui ne mettent en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

10 Droits et libertés auxquels s'ajoutent la protection de la santé et le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain qui n'appellent cependant qu'une mention en note de bas de page tant il est vrai que les griefs s'y rapportant ont été aisément écartés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2018 relative aux examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge.

ordres de juridictions, parfois livrés à des situations kafkaïennes en notre matière, et, sous un angle particulier, l'article 34 de la Constitution qui réserve notamment au législateur le soin de concilier les droits fondamentaux avec les normes constitutionnelles antinomiques (ordre public en tête).

Mention particulière doit, à cet égard, être faite du principe de fraternité appliqué par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 à propos des dispositions du CESEDA prévoyant le délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger. À un double titre, au moins. D'une part, parce que c'est la première fois que le juge constitutionnel consacre ce principe en tant que norme constitutionnelle opératoire, en l'occurrence dans le cadre de la QPC, en le dégagant notamment de la devise de la République « liberté, égalité, fraternité » énoncée à l'article 2 de la Constitution de 1958, signifiant par là même l'attachement séculaire dont la notion de fraternité fait l'objet¹¹. D'autre part, il est assez symptomatique que ce soit à l'occasion d'une décision portant sur les étrangers que le principe ait fait son entrée dans le corpus constitutionnel s'imposant jurisprudentiellement à la loi, plus précisément dans la catégorie des droits et libertés garantis par la Constitution qu'elle doit respecter. En visant les étrangers sans le dire franchement, le Conseil a ainsi jugé qu'« il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire »¹². Sur ce fondement, il a considéré, en l'espèce, qu'« en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public »¹³ ; le Conseil ayant précédemment souligné que « l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite ». Par une réserve d'interprétation, il a de plus jugé que l'exemption pénale limitée par la loi (aux seuls actes de conseils juridiques, de prestations de restauration, d'hébergement ou de soins destinés à assurer des conditions de vie dignes et décentes et aux actes visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger) « ne saurai(t), sans méconnaître le principe de fraternité, être interprété(e) autrement que comme s'appliquant en outre à tout acte d'aide apportée dans un but humanitaire »¹⁴.

Ce faisant, par le truchement d'un principe qui prend un sens tout particulier dans le cas des étrangers¹⁵, la décision 717/718 QPC marque à elle seule l'intérêt que peut leur offrir la QPC. MAIS à vouloir forcer le trait, le tableau pourrait être en trompe-l'œil car le bilan de la procédure en tant qu'« outil efficace de protection » de cette catégorie de personnes en situation de vulnérabilité demeure somme toute modeste. L'impressionnant arsenal législatif qui nourrit le droit des étrangers n'a finalement vu censurée par cette voie de droit qu'une poignée de ses dispositions,

11 Pour plus de précisions, voir le commentaire de la décision sur le site web du Conseil constitutionnel.

12 Point 8.

13 Point 13.

14 Point 14.

15 Tant il est vrai que l'idée même de solidarité et d'entraide, inhérente au concept de fraternité dans sa dimension collective et individuelle, raisonne singulièrement dans le rapport de la communauté nationale et de chaque individu avec cette catégorie de personnes ô combien vulnérables.

moins d'une dizaine. Au-delà de l'aspect quantitatif, la lecture des 23 décisions QPC intéressant notre matière confirme l'observation depuis longtemps faite dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*. À savoir que la maîtrise migratoire et la lutte contre l'immigration irrégulière trouvent dans la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux objectifs de valeur constitutionnelle, un appui tellement puissant dans le contexte socio-politico-économique des quarante dernières années que les droits fondamentaux de l'étranger peuvent dans l'ensemble être allégrement bousculés au nom de l'intérêt général et être le plus souvent acculés dans leurs derniers retranchements. Et la QPC n'y échappe pas. Ce à quoi s'ajoute le fait que nombre de dispositions de la législation des étrangers ont d'ores et déjà fait l'objet de déclarations de conformité, ce qui, même si cela n'est pas complètement rédhibitoire dans une matière aussi souvent remise sur le métier, ferme largement la voie de la QPC en ce qui les concerne¹⁶.

D'un autre côté, l'impression laissée ne doit pas être trop sombre et demander à cette procédure plus qu'elle ne peut. Par cette voie, le Conseil constitutionnel a été conduit – dès sa première décision QPC !¹⁷ – à se prononcer, ou à se prononcer de nouveau, sur quelques enjeux déterminants du statut des étrangers, et, à l'image de l'application faite du principe de fraternité, il a pu se montrer rigoureux, et efficace, quant à la sanction du franchissement de certaines lignes jaunes auquel, dans le domaine, le législateur est souvent enclin. De ce point de vue, la QPC peut être appelée à jouer son rôle de filet ultime de protection des droits fondamentaux constitutionnels, lorsque les mailles judiciaires préalables ne sont pas parvenues à attraper les dispositions législatives les plus nocives. Plusieurs pans du droit des étrangers en témoignent (II). Mais l'apport contentieux du droit constitutionnel des étrangers à la QPC mérite également d'être jaugé car, outre qu'il renseigne déjà au fond, les décisions en la matière illustrent ou éclairent plusieurs points contentieux mis à l'œuvre dans le cadre de cette procédure, ce dont on pourra se rendre compte dans un premier temps d'analyse (I).

I. Les apports d'ordre contentieux

Sur le plan contentieux, sept points méritent plus particulièrement attention.

A. La législation contrôlée

Le premier point tient au fait que le contrôle *a posteriori* joue en quelque sorte pleinement son rôle lorsqu'il permet de mettre rapidement en doute des dispositions législatives adoptées récemment et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle préventif (ou d'une déclaration de conformité). Dans ce cas, l'éventuel venin contenu dans la loi n'a pas le loisir de se diffuser dans le temps, il est rapidement stoppé, la QPC servant de garde-fou diligent des droits fondamentaux. Ainsi, dans presque 10 cas sur 22, la législation contestée n'a pas plus de trois ans, ou guère plus, ce qui révèle la réactivité potentielle de la procédure et évite, le cas échéant, que le mal constitutionnel perdure. Comme il

¹⁶ Voir le tableau récapitulatif des dispositions législatives déclarées conformes sur le site web du Conseil constitutionnel.

¹⁷ Précocité constatée également dès les premières ordonnances de référé-liberté (voir notamment CE ord., 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, req. 229039).

en est allé récemment avec la décision 799/800 QPC du 6 septembre 2019, par laquelle le Conseil a jugé que l'octroi d'une libération conditionnelle au profit d'une personne pour certains faits de terrorisme, tel que prévu par une loi du 3 juin 2016, n'était pas possible, compte tenu de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, pour les condamnés étrangers sous le coup d'une décision d'éloignement du territoire, telle qu'une expulsion ou une interdiction du territoire français, dès lors que l'exécution de mesures probatoires est incompatible avec la décision d'éloignement du territoire, et que cette privation pour les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, était manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines¹⁸.

À l'inverse, autre vertu d'intervention temporelle, la QPC a permis la contestation de législations anciennes qui, par la force des choses processuelles, avaient jusqu'alors échappé à tout contrôle de constitutionnalité. Topiquement, on citera l'exemple de la censure, prononcée, sur la base de la rupture d'égalité de traitement, dans la première décision QPC, la décision n° 2010-1, du procédé de cristallisation des pensions attribuées aux ressortissants d'Algérie (et aux ressortissants français qui y sont demeurés) issu d'un paquet législatif de nature financière dont certains des éléments textuels remontent à la fin des années cinquante.

B. Le rôle des associations

La possibilité d'intervention de tiers au recours a donné tout loisir aux associations défenderesses des étrangers d'apporter leur écho à l'examen de constitutionnalité. Hormis quelques cas, les questions des requérants qui nous intéressent ont ainsi toujours fait l'objet d'observations en intervention d'associations bien connues de ce milieu, souvent de manière multiple. Rien d'étonnant à cela puisque le droit des étrangers compte parmi les branches juridiques où l'activisme associatif se fait le plus prégnant – et le plus productif. Le contentieux administratif général, le contentieux des référés administratifs et, par la voie des portes étroites, le contentieux constitutionnel *a priori* en ont donné de belles illustrations. La QPC n'échappe pas à l'observation.

C. Les conditions de recevabilité de la question et des articles de loi contestés

La décision n° 606/607 QPC du 24 janvier 2017, portant sur les contrôles d'identité, offre un bon exemple des conditions de recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité exigées par le Conseil constitutionnel. Sur le fondement des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, il rappelle que « peut (lui) être renvoyée une disposition qui n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances »¹⁹. Les deux situations visées se retrouvent en l'espèce vérifiées.

18 Points 7 et 8.

19 Point 9.

D'une part, en effet, le Conseil relève que l'un des alinéas contestés de l'article 78-2 du code de procédure pénale relatif aux contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République a été « spécialement examiné » dans une décision DC antérieure²⁰, mais qu'il « ne l'a toutefois pas déclaré conforme dans le dispositif de cette décision »²¹, de sorte que le contrôle de cet alinéa au titre de la QPC est en mesure de prospérer. D'autre part, le Conseil juge que, si les dispositions contestées de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale ont été déclarées conformes à la Constitution dans une autre décision DC antérieure²², des modifications introduites par la suite par le législateur en ont étendu le champ d'application et que ce changement de circonstances justifie leur réexamen de constitutionnalité²³.

Sur un autre plan, les décisions n°2013-312 QPC du 22 mai 2013 et n°2013-358 QPC du 29 novembre 2013, rendues l'une et l'autre à propos des conditions d'attribution d'une carte de séjour mention « vie privée et familiale » au conjoint étranger d'un ressortissant français, illustrent que le Conseil refusera d'examiner les dispositions législatives qui n'ont pas fait l'objet d'un renvoi formel par la haute juridiction saisissante, quand bien même ces dispositions sont connexes à celles formellement renvoyées. En l'espèce, les requérants faisaient valoir que la délivrance de plein droit, sous certaines conditions, d'une telle carte de séjour à l'étranger marié avec un ressortissant de nationalité française ne valait pas pour les étrangers qui y étaient liés par un Pacs ou un concubinage, et que cette différence de traitement injustifiée emportait rupture inconstitutionnelle d'égalité. Le Conseil rétorque cependant que les dispositions contestées, qui lui ont été formellement renvoyées par le Conseil d'État, sont celles relatives à la délivrance du titre de séjour aux seuls étrangers mariés et non celles qui visent la situation des étrangers pouvant se prévaloir de liens familiaux du type Pacs ou concubinage, et qu'en conséquence, compte de tenu de leur caractère inopérant, il ne lui appartient pas de se prononcer sur les griefs soulevés à l'encontre de ces dernières²⁴.

D. L'écran des directives communautaires

L'article 88-1 de la Constitution²⁵ crée, si l'on peut dire, un écran européen entre la loi et la Constitution qui, selon les termes mêmes du Conseil, le rend incompétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne, et qu'en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. La seule exception à ce champ d'incompétence du juge constitutionnel tient à la mise en cause éventuelle par les dispositions législatives de transposition

20 Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993.

21 Point 10.

22 Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003.

23 Point 11.

24 Point 5 de chacune des deux décisions.

25 Qui dispose : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'il résulte du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Rappelant ces données constitutionnelles, le Conseil a ainsi pu, dans sa décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, jugé qu'elles étaient applicables aux dispositions de l'article L. 712-2 du CESEDA qui régissent la protection subsidiaire des étrangers et qu'il n'y avait par conséquent pas lieu d'examiner la QPC les contestant²⁶.

Cette théorie de l'écran européen présente en notre matière, le droit des étrangers, une importance particulière dans la mesure où la réglementation européenne par directives s'y révèle abondante et susceptible en conséquence d'empêcher nombre de QPC d'aboutir au profit du contentieux devant la Cour de Luxembourg²⁷. Encore qu'il faille noter une certaine marge d'appréciation du Conseil quant à son caractère opératoire. Ainsi, dans la toute récente décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019, rendue à propos de la responsabilité, punissable d'amende, des transporteurs aériens en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national prévue par les articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA, alors que le Conseil constate que ces articles visent à assurer la transposition de la directive du 28 juin 2001 qui complète l'article 26 convention d'application de l'Accord de Schengen de 1990 prévoyant dans ce cas de figure, à la charge des États, l'instauration de sanctions à l'encontre des transporteurs aériens ou maritimes, il juge néanmoins que les dispositions contestées ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de cette directive et qu'il est dès lors compétent pour les contrôler à l'aune des droits et libertés constitutionnels²⁸, même si, au final, aucune inconstitutionnalité ne sera décelée.

E. Le contrôle à double détente

Un cas de figure original s'est présenté à l'occasion de la décision n° 2012-264 QPC du 13 juillet 2012 prononcée à la suite de la décision n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, les deux sentences ayant conduit le Conseil à statuer sur une même disposition législative, selon une sorte de contrôle à double détente.

Dans la décision du 30 mars, la Haute juridiction avait ainsi à examiner les conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage, et, à cette occasion, elle juge, entre autres dispositions contrôlées, qu'en mettant à la charge de la personne ayant acquis la nationalité française le soin de prouver, sa vie durant, que la communauté de vie entre les époux n'avait pas cessé à la date de la déclaration aux fins d'acquisition de la nationalité dans le cas de la contestation postérieure du ministère public, l'article 26-4 du code civil avait porté une atteinte excessive aux droits de la défense en conférant à ce dernier, partie demanderesse, un avantage sans limite de temps dans l'administration de la preuve. Saisi de la contestation du même article ayant fait entre-temps l'objet de modifications, le Conseil considère, dans sa décision du

26 Points 3 et 4.

27 À tout le moins du contentieux ordinaire devant les juridictions administratives et judiciaires.

28 Points 8, 9 et 10.

13 juillet, que les changements opérés, pour ne pas avoir affecté le régime de la charge de la preuve de la communauté de vie, « ne sont pas de nature à modifier l'appréciation de la conformité de l'article 26-4 (du code civil) » effectuée dans la décision du 30 mars, et que, par suite, sous la même réserve que celle émise dans cette dernière décision, l'article en cause doit être déclaré conforme à la Constitution.

F. Les degrés de contrôle

Les droits et libertés garantis par la Constitution ont la même valeur et sont pareillement dignes d'application par le juge constitutionnel. Ce constat juridique d'évidence n'a toutefois jamais empêché une gradation des degrés de protection des droits fondamentaux, au point de pouvoir imaginer une sorte de hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux en fonction précisément de cette gradation. De même valeur, de même applicabilité, les droits fondamentaux ne font pourtant pas l'objet de la même intensité de contrôle de constitutionnalité, et les 23 décisions rapportées ici en portent largement témoignage.

À titre d'exemple, il est clairement confirmé que l'application du principe de nécessité et de proportionnalité des peines ne donne lieu qu'à l'exercice d'un contrôle restreint, limité à l'erreur manifeste d'appréciation, en raison de ce que, ainsi que le Conseil le rappelle à plusieurs reprises, « l'article 61-1 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité des dispositions législatives soumises à son examen aux droits et libertés que la Constitution garantit ». D'où il ressort que : « Si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de *s'assurer de l'absence de disproportion manifeste* entre l'infraction et la peine encourue »²⁹.

Qui dit contrôle restreint ne dit cependant et évidemment pas absence de contrôle et impossibilité de censure. C'est ce qu'a pu, en particulier, montrer la décision n° 2019-799/800 du 6 septembre 2019, déjà évoquée, portant sur les conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme. Dans le contrôle de la disproportion manifeste qu'il y opère au titre du principe de nécessité des peines, le Conseil confirme qu'il prend en compte le régime d'exécution des peines, cette dernière étant « conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »³⁰. On a vu plus haut que, fort de ces considérations, le Conseil a jugé que le dispositif contesté avait pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, et était, ce faisant, manifestement contraire au principe de proportionnalité des peines³¹.

29 Souligné par nous.

30 Points 5 et 6.

31 Point 8.

C'est à ce degré de contrôle limité que le juge constitutionnel a également pu recourir dans sa décision n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, à propos cette fois-ci du droit au recours effectif et du droit au respect de la vie privée. Se prononçant sur le régime de l'expulsion en urgence absolue qui corsète les possibilités d'accès au contrôle juridictionnel de cette mesure d'éloignement, le Conseil estime qu'en dispensant l'autorité administrative, en cas d'urgence absolue, d'accomplir un certain nombre de formalités prévues par le CESEDA en matière d'expulsion (avis préalable de la mesure, convocation pour être entendu par la commission d'expulsion), le législateur « a opéré une conciliation qui n'est pas *manifestement déséquilibrée* entre, d'une part, le droit à un recours juridictionnel effectif et le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions »³². Comme l'illustrent plusieurs autres décisions, une même qualité de contrôle se perçoit également dans la mise en œuvre du principe d'égalité³³.

En revanche, l'application d'autres droits, ou des mêmes droits mais envisagés dans des conditions et sous des profils différents, a conduit le Conseil à accroître l'intensité de son contrôle vers un véritable contrôle de proportionnalité. Topique à cet égard est la décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019 concernant la création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés. Outre l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui implique que les règles relatives à la détermination de l'âge de l'individu soient entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures³⁴, le Conseil rappelle que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée, et que, « par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »³⁵. Ce qui conduit le juge à examiner dans le détail la manière dont, en l'occurrence, le législateur a opéré la conciliation entre l'objectif de lutte contre l'immigration illégale qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle, et le droit au respect de la vie privée, et à juger, en définitive, que cette conciliation n'était pas disproportionnée.

L'exercice d'un contrôle normal se retrouve, dernier exemple, dans la décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017 rendue à propos du régime de l'assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion. En l'espèce, au terme d'un contrôle de la (simple) disproportion des atteintes à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale, autrement dit au terme d'un contrôle normal de proportionnalité de la conformité de la loi à ces divers droits et libertés, le Conseil censure le fait que « le législateur n'(ait) pas prévu qu'au-delà d'une certaine durée, l'administration doive justifier de circonstances particulières imposant le maintien de l'assignation à résidence aux fins d'exécution

32 Point 12.

33 Voir par exemple la décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, dans laquelle, à propos des bénéficiaires du revenu de solidarité active, le Conseil juge que le critère tenant à la stabilité de la présence sur le territoire national pour décider de l'attribution de cette prestation n'était *manifestement pas inapproprié* au but poursuivi (point 5).

34 Point 3.

35 Point 4.

d'une décision d'interdiction du territoire »³⁶. Afin qu'il n'y ait pas davantage d'atteinte disproportionnée aux mêmes droits et libertés, il émet en outre une réserve d'interprétation prescrivant que « l'autorité administrative (retienne) des conditions et des lieux d'assignation à résidence tenant compte, dans la contrainte qu'ils imposent à l'intéressé, du temps passé sous ce régime et des liens personnels et familiaux et personnels noués par ce dernier »³⁷.

G. Le contrôle de la jurisprudence

Comme on le sait, l'entrée en vigueur de la QPC a occasionné une forme de résistance de la part de la Cour de cassation, échaudée de voir sa jurisprudence interprétative susceptible d'être directement mise en cause à l'occasion du contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel des dispositions législatives précisément grevées de cette interprétation. Comme on le sait aussi, le différend s'est rapidement aplani, et il apparaît tout à fait normal, pour ne pas dire banal, que l'examen de constitutionnalité des dispositions législatives contestées par la voie de la QPC conduise le juge constitutionnel à inclure dans le champ de son contrôle la jurisprudence administrative et judiciaire qui en conditionne le sens et la portée normative. Il n'est ainsi pas surprenant d'observer que le Conseil, une fois encore dans sa décision n° 2019-799/800 QPC précitée, désigne la jurisprudence, constante, de la Cour de cassation, lorsque la constitutionnalité du dispositif incriminé, en l'occurrence la privation pour certaines personnes de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en dépend directement³⁸.

Encore faut-il que cette jurisprudence soit établie par la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel concerné. C'est la règle qui a été affirmée dans la décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011 alors que les requérants invoquaient la violation de leur droit au recours du fait de la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile qui considérait qu'elle devait prononcer un non-lieu à statuer en l'état contre une décision de reconduite à la frontière au motif que « le retour involontaire dans son pays d'origine du requérant [...] a pour conséquence d'interrompre provisoirement l'instruction de son affaire dès lors que le recours est, dans ces conditions, temporairement sans objet », et que l'instance pouvait reprendre seulement en cas de retour de l'intéressé en France. Le Conseil observe en effet que, « si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ». Or, « il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 », et que, « dans ces conditions, cette jurisprudence ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées »³⁹.

36 Point 10.

37 Point 11.

38 Pour un autre exemple, voir la décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019 relative à la 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 (point 8).

39 Point 9.

H. La modulation des effets des décisions

À noter enfin, toujours au titre des éléments d'ordre contentieux, que, sur les six déclarations d'inconstitutionnalité qui ont été recensées, quatre ont conduit le Conseil constitutionnel à différer leurs effets⁴⁰. Il l'a d'ailleurs fait dès sa première décision QPC portant, comme il a été évoqué plus haut, sur la cristallisation de pensions militaires ou de retraite dont la déclaration d'inconstitutionnalité a poussé le Conseil à laisser un délai au législateur pour qu'il s'efforce d'y remédier⁴¹. La Haute juridiction a depuis pris soin de mieux justifier la modulation des effets dans le temps de ses décisions qu'elle estime devoir décider. Pour prendre l'exemple de la censure la plus proche dans le temps, dans sa décision 799/800 QPC, déjà mentionnée à plusieurs reprises, le Conseil rappelle qu'il tient de l'article 62 de la Constitution « le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration », sachant « qu'il (ne lui appartient pas) d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité »⁴². Puis il juge qu'en l'espèce, « l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de dispenser toutes les personnes condamnées pour certains faits de terrorisme de l'obligation [...] d'accomplir des mesures probatoires avant de pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle ». Et comme elle entraînerait ainsi, selon le Conseil, des conséquences manifestement excessives, il considère qu'il y a lieu d'en reporter la date d'effet de près d'un an⁴³.

II. Les apports au fond

Sur le fond, les 23 décisions QPC recensées dans notre matière abordent des aspects parmi les plus problématiques du droit des étrangers, et ne manquent pas, ce faisant, d'apporter leur écho au régime, c'est-à-dire en définitive au sort, de leurs droits fondamentaux. On a déjà pu s'en rendre compte à travers la décision n° 2018-717/718 QPC consacrant de manière éclatante le principe de fraternité et la première exigence qu'il comporte, à savoir que le fait d'aider autrui, fut-il en situation irrégulière sur le territoire, dans un but humanitaire, est constitutionnellement protégé. À travers également la décision n° 2010-1 QPC qui, à propos du dispositif de cristallisation des pensions, illustre combien le critère de la nationalité pour exclure les étrangers d'un régime législatif protecteur est loin d'être toujours praticable pour le législateur⁴⁴. Deux décisions QPC qui suffisent à rappeler que les étrangers sont avant tout des femmes et des hommes qui disposent de droits fondamentaux s'imposant à l'État législateur, et qu'en se confrontant à la logique de souveraineté qui imprègne le statut des étrangers, cette logique protectrice doit à tout le moins inspirer l'application aux étrangers

40 Décisions 1 QPC, 674 QPC, 717/718 QPC et 799/800 QPC.

41 Point 12.

42 Points 10 et 11.

43 Point 11.

44 Ce que révèle aussi, de manière tout à fait remarquable, la décision n° 2017-690 QPC du 8 février 2018 qui, à propos du bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie, censure la loi au motif notamment que « le législateur ne pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, établir, au regard de l'objet de la loi, une différence de traitement entre les victimes françaises et celles de nationalité étrangère résidant sur le territoire français au moment du dommage qu'elles ont subi » (point 6).

des droits et libertés que la Constitution garantit. Le Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas dit autre chose lorsque, dans ses décisions DC pionnières en la matière, il énonce que : « si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁴⁵. On le voit, les décisions QPC rapportées reprennent à leur compte les traits les plus saillants du statut constitutionnel des étrangers. Elles livrent aussi plus précisément des enseignements sur certains des pans dont il est constitué. Les principaux d'entre eux seront soulignés en évoquant tour à tour les thématiques : de la protection des mineurs étrangers, des droits sociaux, des contrôles d'identité et de séjour, et du contentieux de l'éloignement.

A. La protection des mineurs étrangers

Comme évoqué plus haut à propos de la décision n° 2019-797 QPC portant sur la création d'un fichier permettant leur recensement, les mineurs étrangers font l'objet d'une protection particulière au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant protégé au titre des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946. Il est ainsi rappelé dans cette décision que : « cette exigence impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge » et qu'« il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures »⁴⁶. C'est précisément sur ce fondement que, dans sa décision antérieure n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a été conduit à apprécier minutieusement les garanties entourant la possibilité de réaliser des examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge d'un étranger. Surtout conçu par le législateur comme un moyen de faciliter la vérification que l'étranger considéré ne cherche pas à se faire passer pour un mineur afin d'échapper au régime répressif de l'irrégularité du séjour d'un étranger majeur, le dispositif a en effet été déclaré conforme à la Constitution après que le juge constitutionnel a relevé notamment que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, que sa majorité ne doit pas être déduite de son refus d'examen, que l'existence de la marge d'erreur entourant les conclusions des examens radiologiques (établie en l'état des connaissances scientifiques) a bien été prise en compte par le législateur, que le résultat de l'examen ne peut être le seul critère d'appréciation et qu'il importe de prendre en compte d'autres éléments, tels que l'évaluation sociale ou les entretiens réalisés par les services de protection à l'enfance, que le doute doit profiter à la qualité de mineur de l'intéressé, et qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires de donner plein effet à l'ensemble de ces garanties, sachant que seule l'autorité judiciaire peut décider de recourir à un tel examen⁴⁷. L'insistance du renvoi au contrôle des juridictions d'application de ces diverses garanties prend d'ailleurs presque l'allure

45 Principe énoncé dès la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, cons. 33, et formulé de manière la plus achevée dans la décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 10.

46 Point 3.

47 Points 8 à 13.

d'une réserve d'interprétation tant elle se présente comme le point déterminant de la déclaration de conformité du dispositif incriminé.

B. Les droits sociaux

Dans la décision précitée n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, le Conseil réaffirme toutes les conséquences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution sur le terrain social. On y trouve en effet exigée la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées, et l'on en déduit que cet objectif de solidarité ne doit pas se désintéresser des étrangers qui comptent, d'évidence, parmi les personnes les plus facilement défavorisées. Cependant, de longue date, le Conseil constitutionnel a, dans le cadre de ses décisions DC, admis que le principe constitutionnel de solidarité demeurerait limité, pour ne pas dire absent, lorsqu'il s'agissait d'imposer des droits à la protection sociale en faveur des étrangers en situation irrégulière. Ainsi qu'il l'a affirmé dans sa grande décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 : « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français », de sorte qu'à cet égard une *summa divisio* distingue clairement les étrangers en situation régulière (et stable) des étrangers qui ne le sont pas, cette dernière catégorie ne pouvant profiter que d'un devoir d'assistance minimum de la part de l'État (notamment en matière d'urgence et de prestations médicales). Mais, ainsi que le révèle la décision 137 QPC rapportée, la différence de traitement peut aller plus loin. En l'occurrence, l'exclusion du bénéfice du revenu de solidarité active à l'endroit des étrangers ne justifiant pas depuis au moins cinq ans d'un titre de séjour leur permettant de travailler ne contrarie pas le Conseil dans la mesure où il observe que la prestation considérée a pour objet principal d'inciter à l'exercice ou la reprise d'une activité professionnelle, et que le législateur a ainsi pu estimer que la stabilité de la présence sur le territoire national était une condition essentielle à l'insertion professionnelle. En conséquence de quoi, il admet que le critère utilisé conduisant à différencier le traitement entre Français et étrangers et entre étrangers est « un critère qui n'est pas manifestement inapproprié au but poursuivi »⁴⁸.

C. Le contrôle d'identité et de séjour

Thème récurrent et sensible du droit des étrangers, le contrôle d'identité et de séjour n'a pas échappé à la procédure QPC. Thème récurrent parce que la réglementation des contrôles d'identité a fait l'objet de contrôles de constitutionnalité répétés, en soi et au gré de modifications que le législateur a pu y apporter. Thème sensible car l'on sait qu'au-delà de la recherche d'auteurs d'infractions ordinaires, ce qu'est convié à poursuivre l'officier de police opérant le contrôle, c'est l'irrégularité du séjour des étrangers au service de la lutte contre l'immigration clandestine, et que cette pratique peut rapidement glisser vers le contrôle au faciès, les personnes basanées ou de couleur ayant beaucoup plus de risques à ce titre de subir un contrôle d'identité puis, le cas échéant, un contrôle de séjour. Et c'est d'ailleurs moins les étrangers qu'il s'agit de protéger, puisque vérifier la

48 Point 5.

régularité de leur séjour est somme toute une conséquence logique d'une réglementation de police, que les Français dont les signes extérieurs physiques ne doivent pas pouvoir laisser penser qu'ils sont étrangers sans constituer une véritable discrimination. La discrimination potentielle, et illicite, est ainsi au cœur des procédés de contrôle d'identité, et les juges se sont toujours évertués à être vigilants sur ce plan, même si la pratique du terrain s'éloigne bien souvent de la théorie du prétoire.

La Cour de cassation a ainsi prescrit, en son temps, que le contrôle de séjour des étrangers, qui en lui-même ne pose pas de problème car, une fois encore, il s'agit de vérifier le respect d'une réglementation de police, devait cependant se fonder sur des « éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé (qui) soient de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger »⁴⁹. Relayée presque dix ans après par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 précitée, a jugé que « la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes »⁵⁰. Pas étonnant, dans ces conditions, qu'à la première occasion dans le cadre de la QPC, le juge constitutionnel ait, après avoir rappelé l'incompatibilité avec la liberté personnelle de la pratique généralisée et discrétionnaire des contrôles d'identité, dans le temps comme dans l'espace, réitéré cette position de principe voulant que « la mise en œuvre des contrôles [...] confiés par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes »⁵¹.

D. Le contentieux de l'éloignement

S'il est un thème épineux du droit des étrangers, c'est bien celui du contentieux de l'éloignement. D'abord parce qu'il reflète un ensemble particulièrement fourni de dispositifs destinés à éloigner du territoire national les étrangers qui ne disposent pas, ou ne disposent plus, de titres de séjour. Ensuite parce qu'il place l'étranger au centre d'un conglomérat de décisions administratives et judiciaires (refus de séjour, éloignement, placement en rétention, prolongation de la rétention, à quoi s'ajoutent souvent des actes préalables comme le contrôle d'identité et la garde à vue en particulier) dont la contestation s'avère un casse-tête, y compris pour les praticiens spécialistes de la matière. Enfin, et surtout, parce qu'à cette opération complexe, mettant aux prises une multitude de décisions et de conséquences matérielles, répond, en cas de contestation, un chevauchement de compétences juridictionnelles faisant intervenir tantôt le juge administratif, tantôt le juge judiciaire, tantôt les deux.

Le Conseil constitutionnel a très tôt été confronté à la complexité de ce régime contentieux tenant à la dualité des ordres juridictionnels⁵². Et, non sans peine, il s'est efforcé de rendre justice à chacun des principes constitutionnels en présence. Plusieurs décisions QPC, rendues en notre

49 Cass. Crim, 25 avril 1985 (deux espèces), *Bogdan et Vuckovic*, n° 85-91324.

50 Cons. 16.

51 Décision 606/607 QPC du 24 janvier 2017 précitée, point 26.

52 Voir, en particulier, décisions n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, n° 89-261 DC du 28 juillet 1989 et n° 93-325 DC du 13 août 1993.

matière, l'illustrent⁵³. C'est le cas en particulier de la décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, dans laquelle le Conseil a été conduit à faire application des règles constitutionnelles déterminant les chefs de compétence juridictionnelle administratifs et judiciaires à propos de la contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention. Régi par la loi du 20 mars 2018 permettant une bonne application du régime d'asile européen, ce cas de figure a, en l'espèce, attiré les foudres du requérant considérant qu'il méconnaissait l'article 66 de la Constitution, faisant de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, en donnant compétence exclusive au juge administratif pour apprécier la légalité des décisions de maintien en rétention prises à la suite d'une demande d'asile formée par un étranger retenu. Pour rejeter le grief, le juge constitutionnel a passé les dispositions contestées au crible des deux principales règles constitutionnelles mobilisées. Il rappelle en effet, d'une part, l'article 66 de la Constitution, tout en précisant que « dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter » ; et, d'autre part, que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »⁵⁴. Après avoir, de plus, précisé qu'« il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que, (dans le cas considéré), le juge judiciaire est 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 rétention », le Conseil observe ensuite, qu'« alors même qu'elle a pour effet de laisser perdurer une mesure privative de liberté, la décision par laquelle l'autorité administrative décide de maintenir en rétention un étranger au motif que sa demande a été présentée dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement constitue une décision relative au séjour des étrangers ». « Or », indique-t-il, « l'annulation ou la réformation d'une décision relative à telle matière, prise dans l'exercice de prérogative de puissance publique par une autorité publique, relève, en application du principe fondamental mentionné ci-dessus, de la compétence de la juridiction administrative »⁵⁵. Relevant par ailleurs que « la décision de maintien en rétention n'affecte ni le contrôle du juge des libertés et de la détention exercé sur la décision de placement en rétention ni sa compétence pour examiner la prolongation de la rétention », pas davantage que les dispositions contestées ne privent le juge judiciaire de la faculté d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention⁵⁶, le Conseil juge en définitive que le législateur n'a pas méconnu l'article 66 de la Constitution, sans avoir oublié de souligner au passage qu'il n'est en outre pas tenu d'unifier les règles de compétence

53 Décisions 674 QPC, 709 QPC, 741 QPC et 807 QPC.

54 Points 5 et 6.

55 Point 9.

56 Point 10.

juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il peut seulement le faire⁵⁷.

La décision n° 2018-741 QPC du 19 octobre 2018 se prononce quant à elle sur le respect du droit au recours effectif, découlant de l'article 16 de la DDHC, à propos des délais de recours contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière. Selon les termes du CESEDA, comme il va pour la contestation des obligations de quitter le territoire (sans délai), le délai de recours contre cet acte est de quarante-huit heures et le juge dispose de trois mois pour statuer, à moins que l'étranger fasse l'objet d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence, auquel cas il ne dispose plus que de soixante-douze heures, soit, en cas de rétention donc, une durée globale de la procédure contentieuse administrative de cinq jours. C'est-à-dire une instance très courte pour garantir à l'étranger un recours effectif ménageant pleinement les droits de la défense. Le Conseil relève, toutefois, que le CESEDA impose à l'administration d'informer l'intéressé, dès notification de la mesure d'éloignement, dans une langue qu'il comprend (ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend), de son droit d'obtenir l'assistance d'un interprète et d'un conseil, ainsi que de recevoir communication des principaux éléments des décisions qui lui sont ainsi notifiées. Ce à quoi s'ajoute que l'étranger peut, à l'appréciation du juge et pendant le délai accordé à ce dernier pour statuer, présenter tous éléments à l'appui de sa requête. Et le Conseil, au vu de l'ensemble de ces garanties, de juger en définitive que le législateur a opéré une conciliation équilibrée entre le droit à un recours juridictionnel et l'objectif qu'il poursuit d'assurer l'exécution des APRF et d'éviter la prolongation des mesures de rétention ou d'assignation à résidence⁵⁸.

Toujours sur le droit au recours juridictionnel, on relèvera enfin que, dans sa décision précitée n° 2013-347 QPC du 11 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a montré une certaine vigilance à ce que les étrangers, quelque soit leur situation administrative, soient en mesure de disposer de l'aide juridictionnelle pour contester une décision leur faisant grief. En l'occurrence, il était question de plusieurs dispositions du code de l'action sociale et des familles qui, pour qu'ils puissent prétendre au bénéfice de prestations sociales et de l'aide juridictionnelle, imposent aux personnes sans domicile stable d'élire domicile auprès soit du service intercommunal d'action social soit d'un organisme agréé à cet effet, mais excluent de cette procédure de domiciliation les étrangers (non ressortissants de l'Union européenne, de l'Espace économique ou de la Suisse) sans titre de séjour. Quid par conséquent du respect du droit au recours juridictionnel des intéressés sans possibilité pour eux de demander l'aide juridictionnelle ? En guise de réponse, le Conseil observe que les dispositions ainsi contestées constituent des dispositions générales qui n'ont pas pour objet ni pour effet de déroger aux dispositions spécifiques. Or, au nombre de ces dernières, figurent celles, issues de la loi du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique, qui, sous certaines conditions, étendent à toutes les catégories d'étrangers le bénéfice de l'aide juridictionnelle, ce qui conduit le Conseil à écarter le moyen d'inconstitutionnalité tiré de la privation pour certains étrangers en situation irrégulière du droit de déposer une demande tendant à obtenir l'aide juridictionnelle.

57 Point 11.

58 Points 14 et 15.

Allant, on le voit, bien au-delà du thème du contentieux l'éloignement du territoire, cette dernière décision est une bonne manière de conclure que la procédure de QPC offre aux étrangers une réelle voie de droit supplémentaire pour la défense de leurs droits fondamentaux. Quoique de portée somme toute limitée, c'est un outil qui, pour cette catégorie de personnes vulnérables, peut tout de même s'avérer efficace.

