



**HAL**  
open science

## La constitution ignore les étrangers

Éric Millard

► **To cite this version:**

| Éric Millard. La constitution ignore les étrangers. *Plein Droit*, 2012, 94, pp.14-17. halshs-00938340

**HAL Id: halshs-00938340**

**<https://shs.hal.science/halshs-00938340v1>**

Submitted on 29 Jan 2014

**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.

## La constitution ignore les étrangers

Il existe de nombreuses études savantes sur la jurisprudence du juge constitutionnel en matière de droit des étrangers et les lignes qui suivent ne prétendent ni s'y substituer, ni les renouveler. Elles ne sont que la formulation de quelques observations critiques sur la situation française actuelle à partir de trois points de vue d'inégale importance : structurel, argumentatif et narratif.

### *Un problème structurel*

La notion de droit des étrangers est très ambiguë. C'est une matière hybride et on désigne par là une division pratique, dans le champ de la recherche ou de l'enseignement juridiques (spécialisation académique), et dans le champ de la pratique contentieuse (spécialisation de l'activité des avocats ou des juges). Il s'agit donc d'un sous-ensemble des règles en vigueur, réunies du point de vue de l'objet que ce sous-ensemble régit : le statut juridique des personnes n'ayant pas la nationalité française. De son côté, l'existence d'un juge constitutionnel renvoie à une certaine conception structurelle de l'ordre juridique, qui cherche à consacrer la constitution comme une norme suprême, de telle manière que la loi n'est pas seulement valide parce qu'elle a été adoptée par les organes et selon la procédure que la constitution prévoit, mais aussi parce qu'elle peut être, dans certaines conditions, invalidée si ses dispositions contredisent la norme constitutionnelle.

Le lien entre le droit des étrangers et le juge constitutionnel est dès lors doublement contingent : il dépend de l'existence ou non, dans un ordre juridique donné, d'un contrôle de la constitutionnalité des lois ; et de l'existence ou non dans la constitution de dispositions relatives aux étrangers. En France, c'est la Constitution de 1958 qui a investi le Conseil constitutionnel du pouvoir de contrôler les lois : soit avant leur promulgation (contrôle *a priori*) à la seule initiative de certaines autorités politiques (y compris, depuis la réforme de 1974, par soixante députés ou soixante sénateurs) ; soit après leur promulgation, depuis la réforme de 2008, sous la forme d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) soulevée au cours d'un procès par l'une des parties si elle estime que la loi qu'on veut lui appliquer ne respecte pas une liberté ou un droit consacré par la Constitution. Mais il se trouve que les sources constitutionnelles (le texte de 1958 et son Préambule, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, la Charte de l'environnement de 2004) ne contiennent quasiment aucune disposition portant sur le statut juridique des étrangers. Les seules dispositions qui s'y réfèrent sont un alinéa du préambule de 1946 et l'article 53-1 du texte de 1958 qui évoquent la question du droit d'asile. Dès lors, construire une base constitutionnelle du droit des étrangers, hors le droit d'asile, est pour le moins délicat. On peut le faire par un raisonnement *a contrario* à partir des dispositions portant sur les seuls nationaux, en mobilisant une double opposition : national/étranger, et citoyen/Homme. On pourrait le faire aussi si l'on intégrait dans le contrôle de constitutionnalité des lois celui de leur « conventionnalité », c'est-à-dire de leur conformité aux engagements internationaux de la France et notamment aux conventions qui contiennent des stipulations réglant le statut des étrangers. Mais le juge constitutionnel s'est toujours refusé à effectuer ce contrôle de conventionnalité.

On ne s'étonnera donc pas du très faible nombre de QPC qui ont été traitées par le juge constitutionnel depuis que la réforme est entrée en vigueur (mars 2010) : six en comptant large, à rapprocher évidemment de la masse de décisions des juges du fond concernant le droit des étrangers. On ne s'étonnera pas plus de la teneur de ces décisions qui n'ont prononcé l'inconstitutionnalité que sur des questions très spécifiques comme l'égalité successorale entre cohéritiers français et étrangers, ou l'égalité entre titulaires français et étrangers d'une pension civile ou militaire de retraite. Bien sûr, on ne saurait occulter les difficultés pratiques à mobiliser la procédure de la QPC dans un contentieux des étrangers souvent marqué par les procédures

d'urgence, notamment en matière d'éloignement, ni le fait que nombre des lois composant le droit des étrangers ont été examinées dans le cadre de la procédure de contrôle *a priori*, ce qui, sauf dans l'hypothèse où un changement de circonstances justifierait un réexamen de la position adoptée par le Conseil constitutionnel, fait obstacle à la recevabilité d'une QPC. Mais ce qui fait essentiellement défaut est l'argument textuel, c'est-à-dire l'absence de dispositions constitutionnelles précises consacrant des droits et libertés au profit des étrangers auxquelles on pourrait confronter la loi contestée.

Certes, l'absence d'arguments textuels ne fait pas obstacle à une possible attitude « constructive » des juges : le phénomène, décrit sous le nom d'activisme des cours constitutionnelles, existe dans d'autres pays, y compris dans ceux dont le droit est de même tradition écrite, où les cours consacrent de nombreuses et importantes normes constitutionnelles non écrites qui limitent le pouvoir des parlements. Mais le juge constitutionnel français, même s'il interprète toujours les textes constitutionnels et consacre parfois des principes non écrits (principes très généraux), n'est jamais entré dans ce mouvement, qui pose par ailleurs nombre de problèmes de légitimité. Il a toujours estimé de manière assez révérencieuse qu'il revenait au Parlement de définir par la loi les règles concernant par exemple la nationalité ou l'état des personnes. Il n'a opposé à cette définition que des grands principes restreignant assez peu l'appréciation législative. La compétence pour mettre en œuvre les règles posées par le parlement appartient de surcroît souvent au pouvoir réglementaire qui échappe donc à son contrôle.

En résumé : peu d'affirmation de droits pour les étrangers, alors que l'activisme législatif est plus enclin à définir des restrictions et des obligations. Cette attitude se traduit par une position générale ainsi exprimée pour ce qui concerne l'entrée et le séjour : « *Aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. 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. L'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle* » (2011-631 DC, 9 juin 2011). Bien sûr, dans la période qui s'ouvre, il faudra voir si cette position se maintient, alors que le Conseil constitutionnel, dont les membres sont tous issus de l'ancienne majorité politique ou nommés par elle, aura à juger des lois inspirées – peut-être – par d'autres conceptions du rapport à l'étranger, à condition que la nouvelle majorité s'y résolve. Mais les alternances précédentes n'ont pas réellement marqué de rupture dans le contrôle ; il est vrai qu'elles n'en ont guère marqué dans la politique à l'égard des étrangers non plus.

### *Une faiblesse argumentative récurrente*

En matière de contrôle *a priori*, le Conseil constitutionnel a rendu environ une quinzaine de décisions portant directement sur le statut des étrangers, un peu plus si l'on prend en compte les décisions sur des lois ayant un effet sur ce statut sans le concerner à titre principal<sup>1</sup>. En dépit des alternances politiques, et cela a été plusieurs fois souligné, le Conseil constitutionnel a pour l'essentiel accompagné le durcissement des positions législatives, ne censurant que les dispositions les plus aberrantes (dont on peut se demander si elles ne jouent pas simplement le rôle d'un écran de fumée, masquant l'acceptation de la tendance au durcissement).

La dernière décision du 9 juin 2011 précitée<sup>2</sup> est à cet égard parlante ; à cet égard seulement car on chercherait en vain une argumentation justifiant la constitutionnalité de ces durcissements des politiques de contrôle de l'immigration, absence hélas de plus en plus fréquente dans les décisions du Conseil constitutionnel (par exemple : 2012-650 DC du 15 mars 2012 pour le droit de grève). Comme souvent, le Conseil constitutionnel se contente d'affirmer de manière péremptoire

---

1 Pour une présentation complète, voir cahier de jurisprudence « Statut constitutionnel des étrangers et loi Besson », Plein droit n°88, mars 2011

2 Pour une présentation de la décision, voir Plein droit n° 90.

l'existence de principes, sans regarder si ces principes sont dans les dispositions de la loi, très pratiquement, satisfaits.

Ainsi, si le Conseil ne revient pas en matière de rétention sur l'affirmation (79-109 DC, 9/1/1980) que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* », il accepte sans sourciller que le délai d'intervention du juge des libertés et de la détention soit repoussé à 5 jours, au prétexte « *qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* » (certes, mais ce n'est pas la question de la liberté individuelle visée par l'art. 66 de la Constitution) et que dès lors « *il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les exigences d'une bonne administration de la justice et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* ». Si ces « *atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis* », il « *est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* ». Mais ce que l'on attendrait, justement, c'est la vérification, la discussion, l'argumentation que le législateur n'a pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles ; et non que le Conseil se contente de rappeler des principes, y compris la compétence législative, de manière purement théorique. Ce genre d'arguments, le Conseil ne les donne pas, pas plus qu'il ne le fait pour justifier « *que l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle* ».

### *Une narration suspecte*

Pour autant, ce que dit le juge constitutionnel en matière de droit des étrangers produit des effets : d'invalidation parfois, de légitimation souvent. Les règles de droit parlent du monde tel qu'il devrait être et non du monde tel qu'il est. Mais d'un autre côté, la justification de ces règles, leur raison d'être politique si l'on préfère, nous parle de ce monde réel. Les très nombreux lois et règlements qui forment le dispositif normatif du droit des étrangers ne prétendent pas simplement dire ce que devrait être abstraitement le statut des étrangers coupé des réalités du monde : ils se présentent toujours comme des réponses souhaitées par le pouvoir en place à des états de chose réels, souvent qualifiés de problèmes. Et dans un État de droit constitutionnel, la justification politique se double d'une justification constitutionnelle : l'action du législateur et du pouvoir réglementaire doit être valide par rapport aux exigences de la constitution relativement aux compétences et limites de ces pouvoirs pour agir.

Il peut être alors intéressant de reconstituer la manière dont le Conseil constitutionnel, dans cette activité de contrôle, se représente ce monde réel, de rechercher notamment au travers des raisonnements utilisés quelle est la représentation que le Conseil constitutionnel se fait de l'étranger, de dresser en quelque sorte un portrait robot non de l'étranger tel qu'il devrait être selon les dispositifs en vigueur, mais de l'étranger tel qu'il serait réellement selon les justifications de ces dispositifs<sup>3</sup>. Bien entendu, il n'est pas possible ici de mener une étude exhaustive et systématique. Bien entendu encore, le portrait que dresse le juge constitutionnel est largement contraint par celui que le législateur s'en est fait, encore que le juge constitutionnel pourrait dans son contrôle en apprécier la pertinence et le retoucher.

Dire que la chose est effrayante est peu dire. Pour l'essentiel, les situations dans lesquelles le juge constitutionnel saisit l'étranger concernent peu de matières, mais les plus importantes : son

---

3 Voir cahier de jurisprudence « Statut constitutionnel des étrangers et loi Besson », Plein droit n°88, mars 2011.

entrée et son séjour, son éloignement aussi ; l'étranger criminel, en lien ou non avec une entreprise terroriste ; l'étranger dans sa vie de famille, que ses conjoint(s) et descendants soient français ou étrangers ; l'étranger contribuable ; l'étranger assujéti et bénéficiaire de droits sociaux. Tout ce qui constitue un statut, mais à quoi ne se résume pas une vie. On objectera sans doute que les statuts des nationaux sont également réducteurs et stéréotypés : c'est le propre des statuts juridiques et c'est sans doute tant mieux. Mais l'inégalité de statuts fondée sur la nationalité pose néanmoins question. Or la justification de cette inégalité (au regard d'un principe général qui, rappelons-le, concerne les Hommes, non les citoyens) est justement tirée de caractéristiques qui seraient propres à l'étranger, en tout cas à l'étranger non communautaire puisque pour ce dernier les bases constitutionnelles de la construction européenne tendent à restreindre sinon à toujours gommer la différence. La frontière construite entre nous et les autres n'est pas géographique mais se rapproche des frontières ontologiques. L'autre fait peur : il est dangereux, il est différent, il veut nous imposer ses modes de vie, la polygamie par exemple ; il est sans doute fraudeur, vraisemblablement profiteur des avantages que procure la solidarité nationale. Il est l'« autre » des pires discours xénophobes, même lorsque des droits lui sont reconnus, que le plus souvent le législateur est habilité par le juge constitutionnel à restreindre (le juge constitutionnel dit joliment « concilier ») grâce aux principes de sauvegarde nationale : atteintes à l'ordre public, prévention des infractions, etc. L'étranger n'a aucun droit général et absolu à l'entrée et au séjour, sauf dans le cas de l'asile (et encore !). Partant de là, il doit être surveillé, « autorisé à ». L'étranger est ainsi soupçonné en permanence d'être soit un danger potentiel, soit un tricheur. Le bruit et l'odeur ! La pénalisation même de l'entrée et du séjour irrégulier participe de cela : la dangerosité construite par les normes mêmes qui prétendent la combattre, même si la Cour de cassation (et non le juge constitutionnel) vient désormais restreindre les possibilités de garde à vue en la matière. Lorsque leur séjour est régulier et que des droits leurs sont reconnus à l'égal des nationaux, la suspicion à leur égard ne disparaît pas au nom de la sauvegarde de l'ordre public et de la protection de la santé publique. Pourtant, on voit mal en quoi la qualité d'étranger constituerait un plus grand danger. À croire que les étrangers seraient plus dangereux, plus contagieux ou différemment des nationaux. Cette différence justifierait la restriction du droit au regroupement familial, qui par ailleurs s'exerce sous conditions. De même, le mariage, même avec un national est toujours suspecté d'être une simple fraude à l'acquisition de la nationalité ou au droit au séjour. Etc., etc., etc., hélas !

Toute ressemblance avec un discours nationaliste qui insidieusement progresse (en même temps que le « droit des étrangers » se développe...) n'est nullement fortuite. Non parce que le droit des étrangers serait le fruit de ce discours, mais parce que l'image de l'étranger que le juge constitutionnel en donne en acceptant la justification des normes qui composent le droit des étrangers ne fait rien pour démentir ce discours et en vient de fait à le légitimer et à le renforcer. À sa décharge, le législateur et les partis « respectables » ont aussi leur part de responsabilité. Mais ce serait l'honneur du juge constitutionnel de ne pas se faire piéger par de telles représentations communes qu'il relaye pourtant. En l'absence de dispositions constitutionnelles précises, le contrôle de l'activité législative en matière de droits des étrangers y gagnerait. Et il ne s'agit pas ici de défendre l'activisme, mais seulement la fonction de juger.

**Eric Millard**