



HAL
open science

Le statut constitutionnel des étrangers pris dans le chaos d'un problème à trois corps

Serge Slama

► To cite this version:

Serge Slama. Le statut constitutionnel des étrangers pris dans le chaos d'un problème à trois corps. *Revue française de droit constitutionnel*, 2024, 139, pp.769-787. <halshs-04825057>

HAL Id: halshs-04825057

<https://shs.hal.science/halshs-04825057v1>

Submitted on 7 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 - All rights reserved

Serge Slama, « Le statut constitutionnel des étrangers pris dans le chaos d'un problème à trois corps » (Commentaire de décisions no 2023-863 DC du 25 janvier 2024 et n°2024-6 RIP du 11 avril 2024), in chronique Jurisprudence du Conseil constitutionnel coord. Par Aurélie Duffy-Meunier, Laurence Gay, *Revue française de droit constitutionnel (RFDC)*, 2024/3 N° 139, p.769-787 (version auteur).

CHRONIQUES

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

coordonnée par Aurélie Duffy-Meunier et Laurence Gay

Décisions n° 2023-863 DC et 2024-6 RIP sur l'immigration : le statut constitutionnel des étrangers pris dans le chaos d'un problème à trois corps

Par Serge Slama, *professeur de droit public, Centre de recherches juridiques (CRJ), affilié à l'Institut Convergences migration (ICM)*

Décision n°2023-863 DC du 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*

Décision n° 2024-6 RIP du 11 avril 2024, *Proposition de loi visant à réformer l'accès aux prestations sociales des étrangers*

Récemment popularisé par l'adaptation en série par *Netflix* du roman de science-fiction Liu Cixin¹, le « problème à N corps » vise, en mécanique céleste, à déterminer les trajectoires de N objets dont chacun est en interaction gravitationnelle avec tous les autres. Dans la trilogie de l'écrivain chinois, la planète à trois corps (*sān tǐ*), qui gravite autour de trois soleils, connaît des mouvements *a priori* imprévisibles lui faisant subir une alternance entre ères chaotiques et régulières. Alors que les conditions d'adoption de la loi *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*² ont été elles-mêmes chaotiques³, on peut se demander si le droit constitutionnel des étrangers n'est pas entré dans une zone de turbulence à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette loi et de la proposition de loi subséquente *visant à réformer l'accès aux prestations sociales des étrangers*⁴.

Ces turbulences ont été telles que, de manière inhabituelle, le 8 janvier 2024, le président du Conseil constitutionnel, Laurent Fabius, a, avant même que la décision soit rendue, rappelé à Emmanuel Macron que l'institution qu'il préside n'est « pas une chambre d'écho des tendances de l'opinion publique » et « pas non plus une chambre d'appel des choix du Parlement ». Il a également regretté que le Conseil constitutionnel se soit « retrouvé au milieu de passions contradictoires et momentanément tumultueuses » à l'occasion « des débats sur les lois concernant deux questions très sensibles, les retraites et l'immigration »⁵.

¹ L. Cixin, *Le Problème à trois corps*, Actes Sud, coll. « Exofictions », 2016, trad. Gwennaël Gaffric, 432 p.

² Loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, *JORF* n°0022 du 27 janv. 2024, texte n° 1.

³ J.-S. Boda, « Drame en cinq actes : l'adoption du projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration », *JCP Adm.* 2024, n° 1, p. 1.

⁴ Proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution n°2324 *visant à réformer l'accès aux prestations sociales des étrangers*, AN, 12 mars 2024.

⁵ Discours de Laurent Fabius, cérémonie de vœux du Président de la République au Conseil constitutionnel, 8 janvier 2024. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites>.

Dans ce contexte, le juge constitutionnel a préféré, comme l'a analysé la doctrine constitutionnaliste, pratiquer « l'art de l'esquive »⁶. Rendant une décision « sans panache »⁷, contrastant cruellement avec la « grande » décision du 13 août 1993 qui avait érigé un « véritable statut constitutionnel des étrangers »⁸ et provoqué une révision constitutionnelle en défense du droit d'asile, il a focalisé son contrôle, dans la décision n°2023-863 DC, principalement sur le respect de la procédure parlementaire – quitte à adopter une conception maximaliste du « cavalier législatif » (32 censures) – et limité son appréciation au fond du texte aux seules dispositions expressément critiquées dans les saisines (3 censures et 2 réserves d'interprétation sur la dizaine de dispositions contrôlées).

Mais, en adoptant cette attitude prudente, le Conseil constitutionnel n'a, en réalité, fait que botter en touche. La deuxième manche juridico-politique n'a en effet pas tardé à débiter : dès le 29 janvier 2024, la droite sénatoriale a repris dans une proposition de loi la quasi-totalité des dispositions invalidées pour des motifs procéduraux⁹ puis, en mars, les députés Les Républicains (LR) ont initié une procédure de référendum d'initiative partagée (RIP) en transmettant au Conseil une proposition de loi référendaire signée par au moins un cinquième des parlementaires. Cette proposition, fondée sur l'article 11 de la Constitution, consistait à reprendre certains dispositifs « sociaux » censurés le 25 janvier pour des motifs procéduraux (limitation des prestations sociales non contributives ; réductions tarifaires dans les transports pour les personnes sans papiers) ou écartés en cours de débat parlementaire (transformation de l'Aide médicale d'Etat en Aide médicale d'urgence).

Non sans paradoxes, alors que la décision du 25 janvier a défrayé la chronique médiatique et suscité de nombreuses contributions extérieures¹⁰, commentaires doctrinaux¹¹ et réactions polémiques¹², son apport jurisprudentiel est, pour le statut constitutionnel des étrangers, quasi-nul. Elle concerne en réalité principalement le droit parlementaire. Celle du 11 avril sera probablement moins commentée alors même qu'elle aboutit à une censure de cette proposition de loi « RIP » en retenant un grief d'inconstitutionnalité au fond et constitue une clarification de la jurisprudence constitutionnelle s'agissant des restrictions possibles à l'accès des étrangers en séjour régulier à la protection sociale non contributive.

Dans ce commentaire, il nous apparaît nécessaire de faire une lecture croisée des décisions n°2023-863 DC et n° 2024-6 RIP du 11 avril 2024 dans la mesure où, par un jeu de miroirs inversés, elles sont devenues indissociables. La seconde répond en effet à l'un des griefs au fond esquivé dans la première décision.

Au-delà de l'apport de ces deux décisions au statut constitutionnel des étrangers – qui est relativement marginal – ces décisions méritent d'être commentées en raison du contexte dans lequel elles ont été rendues et des polémiques politico-médiatiques qu'elles ont suscitées. Entre un Gouvernement jouant, à des fins stratégiques, à la roulette russe avec le contrôle de constitutionnalité des lois (I.), une opposition parlementaire jusqu'au-boutiste, au mépris des règles du jeu dans un Etat de droit (III.)

⁶ J. Bonnet, P-Y. Gahdoun, « L'art de l'esquive. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024 », *AJDA* 2024 p.650.

⁷ Cf. notre commentaire « Décision n° 2023-863 DC sur la loi immigration-intégration : une décision cavalière mais sans panache constitutionnel », *Gaz. Pal.*, n°11, 26 mars 2024, p.19-22.

⁸ Cons. const., compte rendu des séances des 12 et 13 août 1993, p. 89, annexé à la décision.

⁹ Proposition n° 289 rectifié (2023-2024) de MM. Ph. Bonnecarrère et H. Marseille déposée au Sénat le 29 janvier 2024.

¹⁰ Pas moins de 30 contributions ont été adressées au Conseil constitutionnel, soit un PDF de 400 pages, dont une contribution de l'Association du M2 de droit constitutionnel et droits fondamentaux Université Paris 1.

¹¹ En avril 2024, le site du Conseil constitutionnel recensé pas moins de 14 références doctrinales.

¹² Par ex. A.-M. Le Pourhiet, « Loi immigration : "Neuf juges peuvent donc balayer d'un revers de manche un énorme travail parlementaire" », *Marianne*, 26 janv. 2024.

et un Conseil constitutionnel précautionneux, se livrant à une opportune chasse aux « cavaliers législatifs » (II.), le droit constitutionnel des étrangers a été pris dans un problème à trois corps.

I. Premier corps : un Gouvernement jouant à la roulette russe avec le contrôle de constitutionnalité

La saisine du Conseil constitutionnel le 21 décembre 2023 par le Président de la République en vue de faire la constitutionnalité de la loi *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration* n'est pas une première. Si, depuis la réforme de 1974, le juge constitutionnel est généralement saisi par des parlementaires d'opposition, on comptabilise néanmoins une « trentaine de saisines » à l'encontre de lois ordinaires à l'initiative d'une des deux têtes de l'Exécutif ou du Président de l'Assemblée nationale¹³. En droit des étrangers, il existe même deux précédents assez marquants de saisines par des premiers ministres face à la réticence de leur majorité. En 1989, Michel Rocard, qui ne bénéficiait pas non plus de majorité absolue, avait saisi le juge constitutionnel de la loi *Joxe 1*. Le Conseil avait censuré l'article 10 du texte qui prévoyait le transfert au juge judiciaire du contentieux des étrangers en raison de l'atteinte au principe fondamental reconnu par les lois de République de compétence exclusive du juge administratif¹⁴. Le ministère de l'Intérieur avait, du reste, anticipé cette censure¹⁵. En 1992, face aux réticences des sénateurs socialistes face à l'amendement du ministre de l'Intérieur Philippe Marchand prévoyant la création des « zones de transit »¹⁶, la Première ministre Edith Cresson avait également saisi le juge constitutionnel – ce qui a également abouti à une censure non moins prévisible¹⁷.

Mais, comme l'a très bien analysé Yannick Lécuyer, sous la présidence d'Emmanuel Macron, avec trois saisines opportunistes sur des textes majeurs en matière de liberté¹⁸, on assiste à une forme de « dévoiement » de ces saisines « blanches » qui « expose le Conseil constitutionnel à l'accusation de gouvernement des juges »¹⁹. Certes, dans sa lettre de saisine²⁰, le chef de l'Etat justifie cette saisine « l'ampleur de l'évolution du texte par rapport à sa version initiale » du fait de l'ajout, par le Sénat, de 60 dispositions supplémentaires au « 26 [sic : 27] articles du projet de loi initial ». Mais, le président

¹³ S. Benzina, « Loi "immigration" : une décision constitutionnelle habile aux frais des droits des parlementaires », *JP blog*, 5 févr. 2024.

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

¹⁵ Au cours de cette séance, s'inquiétant de la « situation difficile » dans laquelle le ministre de l'Intérieur pourrait se trouver en cas de censure, le Président Badinter a demandé au rapporteur, Jacques Robert, s'il a eu « des confidences à ce sujet ». Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Bruno Genevois, répondit alors, à la place du rapporteur, que « le directeur des Libertés publiques, Monsieur Sauvé appréhende beaucoup l'avenir » mais qu'« il a envisagé une censure qui porterait seulement [sur] l'article 10 » (Cons. const., compte rendu de la séance du 28 juil. 1989, p.24-25 annexé à la décision).

¹⁶ « L'entrée et le séjour des étrangers en France Les sénateurs socialistes demandent que le Conseil constitutionnel soit saisi du projet de création des " zones de transit " », *Le Monde*, 18 janv. 1992.

¹⁷ Cons. const., déc. n° 92-307 DC du 25 févr. 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

¹⁸ Cons. const., déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions* ; Cons. const., DC, 4 avr. 2019, n° 2019-780, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*.

¹⁹ Y. Lécuyer, « Le dévoiement de la saisine du Conseil constitutionnel par le Président de la République », *AJDA* 2024 p.196. V. aussi J.-L. Gillet, « Propos libre sur un étonnant et triste aveu. Le juge constitutionnel expressément invité par l'exécutif à censurer un texte initié par lui et amendé par le législateur », *Cahiers de la Justice*, 2024/1 (N° 1), p.123 -126.

²⁰ Saisine du 21 décembre 2023 annexée à la décision n°2023-863 DC.

de la République et sa Première ministre, Elisabeth Borne, ont joué à la roulette russe avec le contrôle de constitutionnalité dans la mesure où, comme cela avait déjà été le cas pour la réforme des retraites, ils ont permis l'adoption d'un texte, avec les voix du Rassemblement national²¹, en misant sur le fait qu'une grande partie des concessions faites à l'opposition de Droite, en Commission mixte paritaire (CMP), seraient déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Ce *voyage au bout de l'enfer* constitutionnel, avec un barillet à 50 balles, a, effectivement, abouti à la censure de 34 dispositions introduites par le Sénat.

Confronté à « un scénario inédit »²², jamais, semble-t-il, un Gouvernement n'avait à ce point instrumentalisé le contrôle de constitutionnalité. Dès l'examen du texte, en première lecture, à l'Assemblée, le président de la commission des lois, S. Houlié, et le rapporteur général du texte, F. Boudié, ont constaté que les dispositions ajoutées par le Sénat étaient, en grande partie, inconstitutionnelles²³. Mais le coup de théâtre de l'adoption le 11 décembre de la motion de rejet préalable par l'Assemblée a amené le Gouvernement, plutôt que de renoncer à son texte, ce qui aurait fragilisé politiquement le ministre de l'Intérieur, à convoquer une CMP sur la base d'un texte jusqu'au-boutiste adopté par le Sénat le 14 novembre 2023²⁴.

Pour permettre, à tout prix, l'adoption d'un texte, quel qu'en soit le contenu, y compris des dispositions directement empruntées au programme du FN des années 1980, les deux têtes de l'Exécutif ont négocié directement avec les parlementaires LR, y compris durant la CMP, dans laquelle le Gouvernement ne peut pourtant constitutionnellement pas intervenir²⁵. A vrai dire, dans la mesure où le Gouvernement désapprouvait ouvertement le contenu du texte définitif, il tablait même sur la censure des dispositions les plus polémiques introduites par le Sénat²⁶. Cela a été expressément reconnu, le 19 décembre, à la tribune du Sénat, par G. Darmanin qui relevait, non sans cynisme, que « chacun sait qu'il y a dans ce texte des mesures qui sont manifestement et clairement contraires à la Constitution » ou encore que « des questions se posent sur un certain nombre de dispositions, qui pourraient être soit inconstitutionnelles soit peu [sic] constitutionnelles ». Toutefois, sous prétexte que « la politique ce n'est pas être juriste avant les juristes », le ministre de l'Intérieur se défaussait délibérément sur le Conseil constitutionnel en estimant que celui-ci « en fera son affaire »²⁷.

Le lendemain, la Première ministre, E. Borne, sur un siège éjectable, estimait à son tour que plusieurs dispositions (celles à l'égard des conjoints de Français ou des étudiants internationaux) étaient contraires à la Constitution. Pas en reste, le Président de la République, lui-même, oublieux de son rôle de gardien de la Constitution en vertu de l'article 5, adoptait la même attitude dilatoire : « est-ce que parce qu'il y avait des articles contraires à la Constitution il fallait dire : pas de texte ? Ma réponse est non »²⁸.

Quelques jours après, la présidente de l'Assemblée nationale, Y. Braun-Pivet, qui a présidé la séance au cours de laquelle le texte a été adopté, a également saisi le Conseil constitutionnel de l'ensemble

²¹ Si le groupe RN avait voté contre le texte à l'Assemblée, il n'aurait pas été adopté (« La loi immigration a-t-elle été adoptée grâce aux voix du Rassemblement national ? », *France inter*, 20 déc. 2023).

²² J. Bonnet, P-Y. Gahdoun, « L'art de l'esquive.... », art. préc.

²³ AN, Comptes rendus de la commission des lois, rapp. n° 1943, 21 nov. 2023, t.2.

²⁴ D. Baranger, « La commission mixte paritaire sur la loi "immigration" est un piège que le gouvernement s'est tendu à lui-même », *Le Monde*, 20 déc. 2023.

²⁵ Cette atteinte à la séparation des pouvoirs n'a pourtant pas été sanctionnée par le Conseil constitutionnel. Cf. contrib. Ext. « Légistique » par E. Bottini, T. Mulier et a. annexée à la décision.

²⁶ A. Mestre, J. Pascual, « Loi « immigration » : les mesures susceptibles d'être censurées par le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 20 déc. 2023.

²⁷ Compte-rendu intégral des débats, Sénat, séance du 19 déc. 2023.

²⁸ E. Macron, *C à vous*, France 5, 20 déc. 2023

du texte en lui demandant de se pencher, plus particulièrement, sur trois mesures ajoutées par le Sénat (regroupement familial, prestations sociales non contributives et débat annuel sur les quotas d'immigration) au regard d'un certain nombre de principes²⁹.

On comprend dès la position inconfortable dans laquelle a été placée le juge constitutionnel devant ce « coup constitutionnel qui a été tenté, et réussi, par l'exécutif »³⁰. Le même inconfort a dû être ressenti par le secrétariat général du gouvernement (SGG), chargé de défendre la loi devant le juge constitutionnel. Prudemment, pour les dispositions introduites par le Sénat, il a préféré s'en remettre à la « sagesse du Conseil constitutionnel », en particulier s'agissant du « respect par le législateur du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution »³¹. Pour ce faire, le Conseil a pris le parti de focaliser son contrôle principalement sur les cavaliers législatifs dont il a pris l'habitude, malgré la réforme constitutionnelle de 2008, de faire la chasse.

II. Deuxième corps : un Conseil constitutionnel esquivant le fond en se focalisant sur la chasse aux « cavaliers législatifs »

Du point de vue du contrôle de la procédure parlementaire, le seul réel apport de la décision n°2023-863 DC, largement passé inaperçu³², est l'adoption par le Conseil constitutionnel d'une nouvelle formulation de son considérant de principe sur les « cavaliers législatifs » pour en préciser les modalités. Selon cette « formulation inédite »³³, ce contrôle consiste, pour le Conseil, à s'assurer « de l'existence d'un lien entre l'objet de l'amendement et celui de l'une au moins des dispositions du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie. Il ne déclare des dispositions contraires à l'article 45 de la Constitution que si un tel lien, même indirect, ne peut être identifié ». A cette fin, il « apprécie l'existence de ce lien après avoir décrit le texte initial puis, pour chacune des dispositions déclarées inconstitutionnelles, les raisons pour lesquelles elle doit être regardée comme dépourvue de lien même indirect avec celui-ci » (cons. 12). Etant précisé que ce contrôle s'exerce au regard du contenu du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie, l'exposé des motifs, le titre du projet ou l'intitulé de ses parties ne peuvent que conforter l'appréciation de ce contenu, sans jamais être décisifs³⁴.

Eu égard au contexte de sa décision, le Conseil a souhaité, ce faisant, faire œuvre de pédagogie, en rappelant, selon le commentaire officiel de la décision, que « la seule proximité thématique entre les dispositions du texte initial et celles introduites en cours de navette ne saurait suffire à satisfaire l'exigence résultant de l'article 45 de la Constitution [...] »³⁵. Autrement dit, le seul fait que les amendements de la majorité sénatoriale avaient un lien, même indirect, avec la thématique générale du projet de loi (contrôler l'immigration et renforcer l'intégration) ne suffisait pas à les rendre recevables.

Ce considérant didactique n'a néanmoins pas empêché l'*hallali* de la part de parlementaires d'opposition. Ainsi, par exemple, Bruno Retailleau, président du groupe LR au Sénat, a immédiatement dénoncé l'annulation des « mesures plébiscitées par les Français, sous le prétexte hautement

²⁹ Saisine de la présidente de l'Assemblée du 21 décembre 2023, annexée à la décision.

³⁰ J. Bonnet, P-Y. Gahdoun, « L'art de l'esquive.... », art. préc.

³¹ Observations du Gouvernement du 17 janvier 2024, annexées à la décision.

³² Nouvelle formulation signalée par Valérie Goesel-Le Bihan lors de la journée d'études à Lyon 2 du 5 avril 2024 « La loi immigration : le respect de l'État de droit et des libertés fondamentales en question ».

³³ Commentaire annexé à la décision n°2023-863 DC (p.6) mis en ligne le 16 avril.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

discutable que ces mesures n'auraient pas de lien avec la loi immigration du Gouvernement ! »³⁶. Et de manière plus étonnante encore, un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, qui a pu, lui-même, lorsqu'il était au Conseil, appliquer cette jurisprudence, a co-signé une tribune dénonçant « une vision draconienne de ce qu'est un « cavalier législatif » »³⁷.

Pourtant la jurisprudence appliquée par le Conseil constitutionnel le 25 janvier 2024 n'a rien d'inédit. Selon les constitutionnalistes, l'exigence constitutionnelle d'un lien entre les amendements déposés au cours de la navette parlementaire et le projet de loi initial a été formellement consacrée par la décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985³⁸. Certes, originellement cette jurisprudence visait le droit d'amendement du Gouvernement et non celui des parlementaires³⁹. Certes, il est aussi vrai que l'ajout par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 à l'article 45 de la Constitution de la référence à « un lien même indirect » visait infléchir la jurisprudence sur les cavaliers afin « d'assouplir l'exercice du droit d'amendement »⁴⁰. Pourtant cette révision est restée « lettre morte »⁴¹ et le Conseil n'a, selon les mots de son actuel Secrétaire général, « jamais désarmé son contrôle des cavaliers législatif »⁴².

Non sans paradoxes le Conseil constitutionnel a appréhendé la modification de l'article 45 introduite par la réforme constitutionnelle de 2008 comme une sorte d'habilitation textuelle légitimant son activisme dans le contrôle des « cavaliers législatifs »⁴³.

Au-delà de ce contrepied pris par le Conseil constitutionnel par rapport à la volonté du Constituant, on peut surtout reprocher à cette jurisprudence sur les cavaliers d'être relativement « imprévisible »⁴⁴. Car une fois qu'on a dit qu'un amendement doit avoir un lien, même indirect, avec l'objet de l'une au moins des dispositions du texte initial, il est difficile de savoir de quel côté la pièce – ou plutôt le couperet constitutionnel – va tomber tant l'appréciation de la suffisance du lien, direct ou indirect, relève d'une appréciation au cas par cas qui « laisse fatalement une grande marge de manœuvre » aux autorités chargées d'assurer ce contrôle, juge constitutionnel et assemblées elles-mêmes⁴⁵.

Pour preuve, lorsqu'on consulte les commentaires doctrinaux, on peut constater que, selon les sensibilités de chacun, ce ne sont pas les mêmes exemples de cavaliers-abattus-à-tort qui sont donnés. Ainsi Pierre Esplugas-Labatut⁴⁶, Jérôme Roux⁴⁷ et Jen-Pierre Camby / Jean-Eric Schoettl⁴⁸, donnent pour exemple les amendements sénatoriaux durcissant les conditions du regroupement familial qui seraient suffisamment en rapport avec les dispositions du texte initial qui subordonnent la délivrance de

³⁶ <https://x.com/BrunoRetailleau/status/1750549185483391468>.

³⁷ J.-E. Schoettl, J.-P. Camby, « Censure du Conseil constitutionnel : « Face à l'immigration, le Parlement peut-il encore légiférer ? », *Le Figaro*, 26 janv. 2024.

³⁸ J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, « L'art de l'esquive... », art. préc.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ J.-L. Warsmann in rapp. AN n° 1009, 2 juill. 2008, p. 141.

⁴¹ J. Roux, « Loi immigration : la décision du Conseil constitutionnel illustre les vices de sa jurisprudence sur les « cavaliers législatifs » (libre propos) », *JCP G* n° 12, 25 mars 2024, act. 361.

⁴² J. Maïa, « Le contrôle des cavaliers législatifs, entre continuité et innovations », *Titre VII*, 2020, n° 4.

⁴³ Dans la note 4 du commentaire de la décision n° 2023-863 DC, renvoyant à l'article de Jean Maïa, les services du Conseil confirment cette idée en relevant que « si l'intention du constituant de 2008 avait pu être [...] d'assouplir le contrôle opéré en ce domaine par le Conseil [...], l'effet concret de l'intervention du constituant a d'abord été de le consolider en lui conférant un fondement constitutionnel explicite ».

⁴⁴ J. Roux, « Loi immigration... », art. préc.

⁴⁵ B. Fargeaud, « « On achève bien les chevaux » : Le Conseil constitutionnel, les cavaliers législatifs et la loi « immigration » », *JP Blog*, 12 fév. 2024.

⁴⁶ P. Esplugas-Labatut, « Une jurisprudence constitutionnelle trop "à cheval" sur les « cavaliers législatifs » ? », *D.* 2024, p. 219.

⁴⁷ J. Roux, « Loi immigration... », art. préc.

⁴⁸ J.-E. Schoettl, J.-P. Camby, « Censure du Conseil constitutionnel... », art. préc.

certaines cartes de séjour en France à la maîtrise d'un niveau minimal de français – alors même que ce texte ne comprenait aucune disposition sur le regroupement familial. Jérôme Roux évoque aussi les amendements visant à réprimer le séjour irrégulier, en lien, selon lui, avec l'aggravation des peines réprimant l'aide au séjour irrégulier. MM. Camby et Schoettl citent aussi la condition de durée de séjour régulier pour accéder à des prestations sociales non contributives et l'évolution des règles d'acquisition ou de déchéance de la nationalité. Anne-Marie Le Pourhiet⁴⁹ estime, pour sa part, incohérent, pour le Conseil constitutionnel, d'avoir écarté un amendement sénatorial qui avait restreint l'application du « droit du sol » à Mayotte alors qu'en 2018, dans une loi « pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie » qui ne traitait pas davantage de la nationalité, des restrictions comparables avaient été validées⁵⁰. Lauréline Fontaine évoque, quant à elle, le seul cas du durcissement des conditions de séjour d'un étranger marié avec un ressortissant français⁵¹.

Quoi qu'il en soit, il est difficile, en l'espèce, de considérer que la censure d'un grand nombre de « cavaliers » n'était pas prévisible⁵². D'une part, cela correspond à une tendance jurisprudentielle bien établie depuis 2010, et totalement assumée par le juge constitutionnel⁵³, qui fait, au besoin d'office, la chasse aux cavaliers (jusqu'à 36 !⁵⁴) dans certaines décisions⁵⁵. D'autre part, pour la loi *immigration-intégration*, le Sénat était parfaitement conscient qu'en ajoutant une soixantaine de dispositions aux vingt-sept articles du projet initial, il prenait le risque d'introduire une horde de cavaliers. A vrai dire, c'était même la stratégie adoptée par la majorité sénatoriale de rendre son texte indigeste – et inadoptable – par la majorité présidentielle à l'Assemblée. La Commission des lois de l'Assemblée avait d'ailleurs – déjà – écarté, pour ce motif, une trentaine de dispositions adoptées par le Sénat. Son président, Sacha Houlié, avait, le 21 novembre 2023, stigmatisé un « texte joufflu – et sans doute excessif – [...] examiné par le Sénat » et averti que « certaines de ses boursoflures ne résisteront sans doute pas à l'œil juridique du Conseil constitutionnel ou à l'examen par la commission des lois », en se référant à la jurisprudence constitutionnelle récente⁵⁶.

Si la décision n° 2023-863 DC est si longue (sans être un record)⁵⁷, c'est précisément parce que le Conseil constitutionnel a pris soin d'explicitier sa démarche. Pour ce faire, comme cela a été esquissé

⁴⁹ A.-M. Le Pourhiet, « Loi immigration... », préc.

⁵⁰ Cons. const., déc. n° 2018-770 DC du 6 sept. 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.

Dans l'émission « C à vous », Laurent Fabius a, de manière assez peu convaincante, justifié cette différence par le fait que le projet de loi « Collomb » de 2018 contenait des règles spécifiques à Mayotte contrairement au texte du projet Darmanin.

⁵¹ L. Fontaine, « Des « sages » qui se tiennent sages », *Le Monde diplomatique*, mars 2024.

⁵² Cf. notre pronostic « Loi immigration : ces mesures menacées de censure par le Conseil constitutionnel », *Public Sénat*, 23 janv. 2024 et A. Roblot-Troizier, « Loi immigration : quelles mesures pourraient être retoquées par le Conseil constitutionnel ? », *Blog club des juristes*, 28 déc. 2023.

⁵³ Cf. l'article de Jean Maïa, « Le contrôle des cavaliers législatifs... », préc.

⁵⁴ Cons. const., déc. n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 *portant sur la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*.

⁵⁵ Cons. const., déc. n° 2015-719 DC du 13 août 2015 *relative à la loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne* : 27 cavaliers censurés ; décision n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018, *Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous* : 23 cavaliers censurés ; déc. n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020 *portant sur la loi d'accélération et de simplification de l'action publique* : 26 cavaliers censurés.

⁵⁶ Cons. const., déc. n° 2022-846 du 19 janv. 2023 DC, *Loi d'orientation et de programmation du ministère de l'Intérieur* ; Cons. const., déc. n° 2023-855 DC du 16 nov. 2023, *Loi d'orientation et de programmation du ministère de la Justice 2023-2027*.

⁵⁷ M. Verpeaux, « La Constitution, la loi et l'opinion », *JCP G* n° 09, 04 mars 2024, act. 247.

depuis sa décision du 20 décembre 2019⁵⁸, le juge constitutionnel a adopté une démarche didactique consistant dans une série de considérants (cons. 12 à 22) placés sous le premier cavalier contrôlé (l'article 2) d'exposer les modalités de son contrôle : il s'emploie d'abord à présenter le contenu du texte déposé devant la première assemblée saisie. Ainsi, de manière inédite, il relève dans sa décision du 25 janvier, que la loi déferée qui comportait quatre-vingt-six articles répartis en huit titres, avait pour origine un projet de loi comportant vingt-sept articles répartis en six titres lors de son dépôt le 1^{er} février 2023 sur le bureau du Sénat, première assemblée saisie (cons. 13). Il décrit, ensuite, le contenu de ces six titres (cons. 14 à 19). Et ce n'est qu'après cet exposé préliminaire, que le Conseil examine, l'une après l'autre, au besoin d'office, les 38 dispositions en cause et constate, à 32 reprises, que celles-ci étaient « dépourvues de lien, même indirect » avec l'objet du projet initial.

Ce faisant, il censure, d'une part, et sans préjuger « de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles », une dizaine de dispositions – contestées uniquement pour ce motif comme celles relatives aux visas pour les propriétaires britanniques (art. 16), à l'amende délictuelle le séjour irrégulier (art. 17), au contrôle des mariages (art. 18), légalisation d'actes (art. 22), à la nationalité (art. 24, 25, 26 et 81), à la création d'un fichier des MNA délinquants (art. 39), aux places d'hébergement pour demandeurs d'asile (art. 68) ou encore sur l'obligation de quitter les lieux d'hébergement une fois déboutés (art. 69). D'autre part, sans se prononcer sur les autres griefs et sans qu'il ne préjuge de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles, il invalide une autre dizaine d'autres dispositions, parmi les plus polémiques, contestées, dans les saisines, à la fois sur la forme et sur le fond comme celles sur regroupement familial (art. 3, 4 et 5), les titres de séjour familiaux (art. 6 et 8), les étrangers gravement malades (art. 9 et 10), les étudiants internationaux (art. 11, 12 et 13), l'exclusion des bénéficiaires de l'AME des réductions tarifaires sur les transports (art. 15), les prestations sociales non contributives (art. 19), les pouvoirs du parquet en matière de mariage de complaisance (art. 32), ou encore sur l'exclusion de certains étrangers sans abri de l'hébergement d'urgence (art. 67). Enfin, une demi-douzaine de dispositions critiquées par les saisines uniquement pour des motifs procéduraux n'ont pas été invalidées et n'ont pas, non plus, été contrôlées sur le fond. Elles pourront donc toujours faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. C'est le cas, par exemples, des dispositions sur les conditions de réacheminement des étrangers (art. 2), sur le fichage des MNA soupçonnés d'infractions (art. 39), de l'exclusion de l'ASE des jeunes majeurs et des MNA émancipés s'ils sont visés par une OQTF (art. 44), de la possibilité de refuser des visas aux ressortissants d'un État coopérant insuffisamment en matière de réadmission (paragraphes I et II de l'art. 47), de nouveaux cas de « risque de fuite » justifiant le placement en rétention des « dublinés » (art. 51) ou encore de la clôture de l'instruction par l'OFPPRA en cas d'abandon du lieu d'hébergement désigné par l'OFII (art. 63).

C'est donc pour se sortir de ce « piège politique »⁵⁹, tendu par le Gouvernement pour lui faire endosser la responsabilité de l'invalidation des dispositions introduites par les parlementaires LR avec l'approbation du RN, que le Conseil constitutionnel a fait cet usage stratégique du « cavalier législatif », lui permettant de ne pas se prononcer, à chaud, sur le fond de ces dispositions controversées. Cette attitude n'en a pas moins valu au Conseil d'être critiqué de toutes parts – hormis par l'Exécutif qui s'est félicité de la validation de « l'intégralité du texte initial du Gouvernement »⁶⁰. Ainsi, comme l'a analysé Samy Benzina, entre Charybde et Scylla, le Conseil constitutionnel a préféré se mouler dans son rôle

⁵⁸ Cons. const., déc. n° 2019-794 DC du 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*, cons. 55.

⁵⁹ N. Klausser, V. Champeil-Desplats, M-L. Basilien-Gainche, « Petit à petit, l'illibéralisme fait son nid : quand la loi immigration annonce d'autres atteintes à l'Etat de droit », *Rev DH*, fév. 2024, n° 25.

⁶⁰ <https://x.com/GDarmanin/status/1750554005229498667>. Cette affirmation inexacte, dans la mesure où une disposition du projet initial a été censurée, a valu au tweet de G. Darmanin d'être signalé par un « contexte » des utilisateurs de « X ».

initial « d'instrument de rationalisation du parlementarisme » en se faisant donc, dans sa décision n°2023-863 DC, « un allié objectif du gouvernement alors même qu'il semblait avoir réussi à s'émanciper de sa condition constitutionnelle initiale »⁶¹.

III. 3^{ème} corps : une opposition parlementaire de Droite refusant la règle du juge constitutionnelle

Peu après que la décision n° 2023-863 DC ait été rendue publique, le 25 janvier 2024, le président du Rassemblement national (RN), Jordan Bardella, s'est fendu d'un tweet pour dénoncer « un coup de force des juges, avec le soutien du président de la République lui-même » et estimé que seuls une réforme de la Constitution et un référendum sur l'immigration permettront « de répondre aux enjeux migratoires »⁶². Quelques dizaines de minutes après, le président de Les Républicains (LR), Éric Ciotti, a considéré, à son tour, que le Conseil constitutionnel avait « jugé en politique plutôt qu'en droit » en appelant à une réforme constitutionnelle « pour sauvegarder le destin de la France ! »⁶³ - tandis que Laurent Wauquier stigmatisait un « coup d'Etat de droit » en estimant que « le Conseil constitutionnel est sorti de son lit »⁶⁴.

Ces cris d'orfraie ont amené le Président Fabius à intervenir dans les médias dès le 26 janvier⁶⁵ - en estimant, notamment, « très préoccupant » une telle dénonciation alors que le juge constitutionnel n'avait fait qu'exercer son office⁶⁶. C'était peine perdue eu égard aux réactions, non moins vives, suite à la censure le 11 avril de la proposition de loi « RIP ». Pour Eric Ciotti, le Conseil constitutionnel a répondu « une nouvelle fois à la commande du Gouvernement [...] »⁶⁷. Laurent Wauquier y a vu une « nouvelle illustration du « coup d'État de droit » » en estimant que le juge constitutionnel venait d'« invente[r] un droit des étrangers à bénéficier de la solidarité nationale sans limitation possible », appelant, lui aussi, à une révision constitutionnelle⁶⁸.

La virulence de ces réactions, qui remettent en cause le contrôle de constitutionnalité des lois⁶⁹, contraste avec la modestie de l'apport des deux décisions commentées en droit des étrangers. La première est, de l'avis des commentateurs, « prudente »⁷⁰ - et même minimaliste -sur le fond. Comme on vient de le voir, elle s'est ménagée des marges dans les contrôles à venir de la majeure partie des dispositions. La seconde, si elle prend le parti d'écarter la proposition de loi référendaire en retenant un des griefs de fond esquivé le 25 janvier, elle ne révolutionne pas, pour autant, le statut social constitutionnel des étrangers.

⁶¹ S. Benzina, « Loi "immigration" : une décision constitutionnelle habile aux frais des droits des parlementaires », *JP blog*, 5 févr. 2024.

⁶² https://x.com/J_Bardella/status/1750543713816727607.

⁶³ <https://x.com/ECiotti/status/1750547226038776137>.

⁶⁴ « Laurent Wauquier, après la large censure de la loi Immigration : « Il faut donner au Parlement le dernier mot » », *Le Parisien*, 25 janv. 2024.

⁶⁵ « Le Conseil constitutionnel n'est "pas là pour rendre des services politiques" », *France inter*, 26 janv. 2024 ; « Loi immigration : le texte largement censuré - Laurent Fabius », *France 5*, 26 janv. 2024.

⁶⁶ « Loi « immigration » : Laurent Fabius juge « très préoccupante » la « remise en cause des institutions » », *Le Monde avec AFP*, 26 janv. 2024.

⁶⁷ <https://x.com/ECiotti/status/1778441412587003961>.

⁶⁸ <https://x.com/laurentwauquier/status/1778468020299477162>. Ces propos sont également inexacts.

⁶⁹ Les parlementaires LR sont pourtant bien conscients de ces obstacles constitutionnels dans la mesure où, avant même la décision du 25 janvier 2024, ils avaient déposé une proposition de loi constitutionnelle (n° 1322) relative à la souveraineté de la France, à la nationalité, à l'immigration et à l'asile visant à les lever (proposition – discrètement – retirée le 7 décembre 2023).

⁷⁰ J. Bonnet, P-Y. Gahdoun, « L'art de l'esquive.... », art. préc.

S'agissant de la décision n°2023-863 DC, le Conseil constitutionnel ne censure donc que trois dispositions pour des motifs de fond et formule deux réserves d'interprétation. Et encore, la première censure, portant sur l'organisation d'un débat annuel sur les quotas d'immigration (art. 1^{er} de la loi) relève, en réalité, également de la procédure parlementaire ou, plus exactement, des « prérogatives que le gouvernement ou chacune des assemblées (...) tiennent de la Constitution pour la fixation de l'ordre du jour » (cons. 7). En effet, l'article 48 de la Constitution ne donne pas la possibilité au législateur d'imposer a priori au Parlement l'organisation d'un débat en séance publique ou la fixation par ce dernier de certains objectifs chiffrés en matière d'immigration – comme l'avaient fait valoir le ministre de l'Intérieur durant les discussions parlementaires et la présidente de l'Assemblée dans sa saisine au regard notamment de la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 2003⁷¹. Introduite par voie d'un amendement des co-rapporteurs de la commission des lois du Sénat⁷², cette idée de faire adopter annuellement par le Parlement des objectifs chiffrés d'immigration constitue une vieille chimère du droit des étrangers, qui est régulièrement revenue depuis une vingtaine d'années dans les débats présidentiels, et qui avait été, fort opportunément, renvoyée dans les oubliettes des réformes constitutionnelles avortées par la Commission Mazeaud⁷³ lorsque le président Sarkozy avait tenté d'introduire dans une Constitution républicaine des quotas ethniques.

La deuxième – tout aussi prévisible – porte sur les dispositions qui permettaient aux officiers de police judiciaire (OPJ) de recourir, sans les garanties nécessaires, à la contrainte par corps pour procéder aux opérations de prise d'empreintes ou de photographie, en cas de refus caractérisé d'un étranger de s'y soumettre lors de certains contrôles. Elle était attendue car avait été récemment censuré un dispositif législatif équivalent pour le placement ou maintien en détention provisoire des mineurs⁷⁴. Mais on comprend que le législateur pourra, dans une future loi, réintroduire ce dispositif de contrainte par corps dès lors que les garanties exigées auront été apportées (cons. 139 à 143)⁷⁵.

La troisième concerne la restriction aux seuls titres « de plein droit » de la possibilité, en cas d'élément nouveau, d'introduire dans le délai d'un an une demande de titre de séjour en cas d'examen « à 360° » – c'est-à-dire de tous les motifs de délivrance potentiels (art. 14 du texte ; cons. 64). Cette censure est liée à la réserve d'interprétation portant sur les mêmes dispositions. En effet, s'agissant des conditions de mise en oeuvre de ce dispositif d'examen, le Conseil constitutionnel a estimé que l'autorité administrative devait nécessairement informer l'étranger, lors du dépôt de sa demande, « qu'il doit transmettre l'ensemble des éléments justificatifs permettant d'apprécier sa situation au regard de tous les motifs susceptibles de fonder la délivrance de l'un des titres de séjour précités » (cons. 63). Par suite, le juge constitutionnel estime qu'une telle possibilité devait concerner l'ensemble des titres de séjour et non seulement les titres de « plein droit » (comme la carte « vie privée et familiale »). Il écarte, en revanche, les griefs d'atteinte au droit de mener une vie familiale normale

⁷¹ Cons. constit., n°2003-484 DC du 20 nov. 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 100. V. aussi, avec la rédaction actuelle de l'article 48 : déc. n°2010-608 DC du 24 juin 2010, *Loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental*, cons. 10.

⁷² Amendement n° COM-202 présenté le 10 mars 2023 par Mme Jourda et M. Bonnacarrère.

⁷³ P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, Rapport remis au ministère de l'Immigration, Doc. fr., Collection « rapports officiels », 2008, 246 p.

⁷⁴ Cons. const., déc. n° 2022-1034 QPC du 10 février 2023, *Syndicat de la magistrature et autres* [Placement ou maintien en détention provisoire des mineurs et relevés signalétiques sous contrainte], cons. 20 à 24.

⁷⁵ V. pour d'autres illustrations en droit des étrangers : Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 18 (test ADN) ; déc. n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.* [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge] ; déc. n° 2021-824 DC du 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire* (test de dépistage du Covid).

(cons. 65), de violation de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (cons. 67) ou d'inégalité de traitement entre les étrangers soumis à l'expérimentation et ceux qui n'y sont pas soumis (cons. 71).

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a validé au fond une dizaine de dispositions, portant essentiellement sur l'affaiblissement des garanties face à la « double-peine » (art. 35 et 37), le contrat d'engagement au respect des principes de la République désormais imposé à tout étranger sollicitant un document de séjour (art. 46), qui, selon le Conseil, « loin de méconnaître ces exigences constitutionnelles » vise à « assurer la protection » des exigences constitutionnelles en cause (cons. 173). Il valide aussi l'élargissement de l'obligation pour l'OFII de retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil (art. 66) mais aussi, de manière très contestable, l'extension du recours à la visioconférence ou encore la fin de collégialité par principe des jugements de la Cour nationale du droit d'asile (art. 70). Il n'a même pas pris la peine de préciser si le principe de collégialité se rattache à une exigence constitutionnelle ou de constater qu'aucune juridiction administrative a, pour principe, comme formation de jugement un juge unique – et ce alors même que depuis la fondation de l'OFPRA par la loi de 1952 le juge de l'asile a toujours été composé, en principe, de manière collégiale avec la présence d'un assesseur du HCR, en sa qualité de gardien de la Convention de Genève de 1951.

Enfin n'ont pas du tout été contrôlées pas moins de 38 dispositions. Elles pourront donc faire l'objet elles-aussi dans l'avenir de QPC. Les associations, avocats et élus locaux qui ont adressé, avec des universitaires, une douzaine de contributions extérieures thématiques au Conseil constitutionnel visant à démontrer son inconstitutionnalité⁷⁶, préparent d'ores et déjà celles-ci. Probable ainsi que le train constitutionnel sifflera, pour la loi Darmanin, (au moins) une troisième fois⁷⁷.

S'agissant de la décision n°2024-6 RIP, la procédure initiée par les 190 parlementaires signataires, soit au moins un cinquième des membres du Parlement, constituait la sixième initiative visant à mettre en œuvre la procédure de RIP, instituée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Le Conseil constitutionnel est expressément chargé par le quatrième alinéa de l'article 11 de la Constitution d'assurer le respect des conditions de recours à cette procédure particulière. Or c'est la seconde fois⁷⁸ qu'après avoir constaté que les autres conditions procédurales étaient bien remplies, il écarte la proposition de loi de RIP, comme ne remplissant pas les conditions de l'article 45-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, car cette proposition de loi comprend des dispositions contraires à la Constitution (3° de l'article 45-2). Toutefois, comparé au contrôle de constitutionnalité *a priori*, le Conseil constitutionnel exerce un office particulier lorsqu'il effectue ce contrôle d'une proposition de loi « RIP » dans la mesure où il considère qu'il est chargé de se prononcer sur la conformité à la Constitution de l'ensemble de la proposition de loi, et non seulement de certaines dispositions. Par suite, si l'une d'entre elle est inconstitutionnelle, la procédure s'interrompt totalement du fait des termes mêmes de l'article 45-2 (« aucune » disposition)⁷⁹.

⁷⁶ Déclaration d'intérêt : nous avons coordonné cette douzaine des contributions extérieures (v. notre entretien à *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 23 janv. 2024).

⁷⁷ Une QPC a d'ores et déjà été déposée à l'encontre des dispositions de l'article L731-1, 1° du CESEDA, issues l'article 72 de la loi n°2024-42.

⁷⁸ Cons. constit., déc. n° 2021-2 RIP du 6 août 2021, *Proposition de loi de programmation pour garantir un accès universel à un service public hospitalier de qualité*.

⁷⁹ Commentaire de la décision n° 2013-681 DC du 5 décembre 2013 *relative à la loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, p.9.

Si, dans les médias et les réseaux sociaux, la plupart des spécialistes du RIP pronostiquaient le rejet par le juge constitutionnel de cette proposition, il était plutôt envisagé qu'elle soit écartée car son objet n'aurait pas été considéré comme une « réforme en matière de politique économique, sociale ou environnementale » au sens de l'article 11⁸⁰. C'est d'ailleurs la position que défendaient le SGG dans ses observations⁸¹. Pourtant, le Conseil constitutionnel balaie ces arguments en estimant que la proposition de loi est bien dans le champ de l'article 11 « au regard des modifications [qu'elle] apporte à certains dispositifs de prestations sociales, d'aide à la mobilité et d'hébergement susceptibles de bénéficier à des étrangers » (cons. 7).

Néanmoins, dans une contribution extérieure du Groupe socialiste de l'Assemblée⁸², il était aussi défendu l'inconstitutionnalité des cinq articles de cette proposition⁸³ - avec des griefs similaires à ceux déjà soulevés contre la loi immigration-intégration. Or, le Conseil constitutionnel s'est effectivement – opportunément – placé sur ce terrain de la constitutionnalité de la proposition de loi. Certains y verront une forme de diplomatie constitutionnelle. En effet, contrairement à la réforme des retraites, le Conseil constitutionnel n'a pas, avec cette censure ciblée, fait le choix d'ériger un mur infranchissable pour un RIP⁸⁴. Il laisse la possibilité pour les parlementaires à l'origine de la procédure de re-déposer une nouvelle proposition expurgée des dispositions inconstitutionnelles.

Paraissait inévitable la censure des dispositions de l'article 1^{er} de la proposition de loi RIP. Reprenant, dans son principe, les dispositions de l'article 19 de la loi *immigration-intégration*, considérées comme une forme de « préférence nationale »⁸⁵, elles visaient à durcir les conditions de résidence préalable et de titres de séjour exigés des étrangers en séjour régulier pour bénéficier de certaines prestations sociales non contributives. Pourtant, dès 1990, le Conseil constitutionnel a invalidé, pour méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité, des dispositions législatives excluant les étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice d'une prestation sociale non contributive⁸⁶. Montant en généralité, il a ensuite estimé, dans sa décision de 1993, que ceux-ci « jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français »⁸⁷.

Certes, dans une décision - souvent mal comprise - sur le revenu de solidarité active (RSA), il avait admis la conformité au principe d'égalité devant la loi ainsi qu'aux exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 de dispositions réservant le bénéfice du RSA aux étrangers titulaires, depuis au moins cinq ans, d'un titre de séjour les autorisant à travailler. Mais pour ce faire, le juge constitutionnel avait relevé, de manière discutable, que cette prestation répondait à

⁸⁰ Cf. L. Isidro, « Pourquoi Le référendum sur l'accès des étrangers aux prestations sociales n'aura pas lieu », *Blog club des juristes*, 12 avr. 2024.

⁸¹ Obs. du Premier ministre du 20 mars 2024 annexée à la décision.

⁸² Faute de statut des groupes parlementaires autre que celui à l'origine de la proposition de loi RIP, ces « Observations des députées et députés du groupe Socialistes et apparentés » ont été appréhendées par le Conseil constitutionnel comme une contribution extérieure.

⁸³ Contrib. Ext. du 2 avril 2024 (Déclaration d'intérêt : sans être auteur de cette contribution, nous déclarons avoir été consulté sur cette contribution avant son dépôt).

⁸⁴ E. Bottini, M. Bouaziz et S. Hennette-Vauchez, « Un juge activiste ? Les choix du Conseil constitutionnel dans les décisions n° 2023-4 RIP et n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, 03 mai 2023. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/17206>.

⁸⁵ « Loi immigration : pour le chercheur Antoine Math, « il s'agit d'une préférence nationale déguisée » », *Médiapart*, 19 déc. 2023.

⁸⁶ Cons. constit., déc. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 35.

⁸⁷ Cons. constit., déc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 3.

l'objectif « d'inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle »⁸⁸. Or, les prestations sociales en cause dans l'article 1^{er} de la proposition de loi « RIP », mais aussi dans les amendements sénatoriaux au projet de loi immigration-intégration⁸⁹, n'étaient pas du tout de même nature. L'objet des prestations en cause - droit au logement, aide personnelle au logement, prestations familiales et allocation personnalisée d'autonomie – vise principalement à assurer, dans une logique de solidarité nationale, à permettre un accès effectif à des droits sociaux fondamentaux (droit au logement, droit de vivre en famille) ou maintenir un niveau de vie décent.

C'est probablement la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel s'est placé, dans sa décision du 11 avril, non sur le terrain de l'égalité mais sur le seul terrain des exigences constitutionnelles découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, qui fonde une jurisprudence constitutionnelle protectrice en matière de droits sociaux. Il rappelle⁹⁰ ensuite que ces exigences constitutionnelles « impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées » (cons. 9).

Mais, ne fermant pas la porte à toute évolution du droit en la matière, il clarifie sa jurisprudence en précisant que ces exigences constitutionnelles « ne s'opposent pas à ce que le bénéficiaire de certaines prestations sociales dont jouissent les étrangers en situation régulière sur le territoire français soit soumis à une condition de durée de résidence ou d'activité » dès lors que la durée n'est pas telle qu'elle priverait de garanties légales ces exigences (cons. 12). Par suite, le législateur peut valablement durcir ces conditions d'accès en les soumettant à une durée de résidence ou d'activité particulière. Mais encore faut-il que de telles restrictions soient proportionnées et en rapport avec l'objet des prestations en cause. Tout le monde conviendra que ce n'était pas le cas pour les prestations concernées. L'exigence d'un titre de séjour autorisant à travailler était sans rapport avec l'objet des prestations concernées et la durée de résidence fixée était disproportionnée s'agissant d'étrangers en séjour régulier qui sont – également – soumis à l'impôt.

Lorsqu'il était président du Conseil constitutionnel (1986-1995), Robert Badinter avait posé sur son bureau l'affichette suivante : « Toute loi inconstitutionnelle est nécessairement mauvaise. Mais toute loi mauvaise n'est pas nécessairement anticonstitutionnelle »⁹¹. Laurent Fabius l'a rappelé, en la faisant sienne, au Président de la République lors de la cérémonie de vœux du 8 janvier 2024, en formant « le vœu que chacun garde cela à l'esprit en 2024 »⁹². Dans le même discours, le président du Conseil constitutionnel rappelait aussi le principe de base d'un Etat de droit constitutionnel : « c'est dans le respect de la Constitution que la loi exprime la volonté générale ». De manière préoccupante, eu égard à la « petite musique » ambiante⁹³, de la part tant de l'opposition parlementaire que des autorités exécutives, en particulier du ministre de l'Intérieur lui-même⁹⁴ et des préfets qui

⁸⁸ Cons. constit., déc. n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, *M. Zeljko S.* [Attribution du revenu de solidarité active aux étrangers], cons. 5 et 13.

⁸⁹ Cf. contr. ext. « Protection sociale » de L. Isidro, M. Borgetto, L. Camaji, F. Kessler, R. Lafore et P.-Y. Verkindt annexée à la décision n° 2023-863 DC.

⁹⁰ Cf. par ex. pour les retraités : Cons. constit., déc. n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 9.

⁹¹ « Robert Badinter : "Nous sommes dans une période sombre pour notre justice" », *Le Monde*, 23 février 2008.

⁹² Cérémonie de vœux du 8 janvier 2024, préc.

⁹³ F. Melleray, « Une inquiétante petite musique », *AJDA* 2024. 409.

⁹⁴ « L'Etat n'a rien à gagner au non-respect par le ministre de l'intérieur des décisions de justice » (tribune collective), *Le Monde*, 11 janv. 2024 par une centaine de juristes-universitaires.

désobéissent à la loi⁹⁵, il n'est pas certain que le message soit bien passé. En attendant, pris dans ce problème à trois corps, le statut des étrangers semble être entré en hibernation constitutionnelle alors même que la loi « Darmanin » est, en la matière, « la loi la plus restrictive de toute l'histoire de la V^e République »⁹⁶.

⁹⁵ E. Barbin, « Acte administratif illégal - La désobéissance administrative », *Droit Administratif* n° 4, Avril 2024, alerte 39.

⁹⁶ D. Lochak, « À propos de la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration », *La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés*, 12 janvier 2024. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/19098>.