



HAL
open science

La QPC, une protection efficace des droits et libertés ? Un impact limité pour protéger les droits des étrangers

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle Lochak. La QPC, une protection efficace des droits et libertés ? Un impact limité pour protéger les droits des étrangers. La Semaine juridique. Édition générale, 2013, Supplément aux numéros 29-34. hal-01647367

HAL Id: hal-01647367

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647367>

Submitted on 2 Jan 2018

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 QPC, une protection efficace des droits et des libertés ?

Un impact limité pour protéger les droits des étrangers

Par Danièle Lochak,

professeur de droit émérite de l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense.

in Actes du colloque du 5 avril 2013 : « La QPC, une question pour la démocratie », *La semaine juridique*, supp^t au n° 29-34, 15 juillet 2013

Lorsqu'on m'a conviée à cette table ronde, je me suis demandé pour quelle raison, puisque je n'appartiens pas au sérail des « constitutionnalistes » : ma spécialité, ce sont les droits et libertés fondamentaux. Or, à cet égard, nous avons entendu jusqu'à présent des discours relativement abstraits sur les potentialités de la QPC, mais peu de choses sur son impact concret : dans quelle mesure a-t-elle fait progresser les droits et libertés, au-delà des exemples le plus souvent cités et dont je ne mésestime évidemment pas l'importance, à savoir le toilettage du droit pénal et la réforme de l'hospitalisation d'office, évoqués encore à l'instant par le président Bartolone ?

Je crains donc d'introduire une note un peu dissonante par rapport à l'optimisme généralisé qui caractérise la tonalité dominante de notre réunion d'aujourd'hui, en me focalisant sur un domaine spécifique : les droits et libertés des étrangers, dans lequel la valeur ajoutée de la QPC s'est révélée faible, pour plusieurs raisons conjuguées.

D'abord, la législation sur les étrangers donne rarement lieu à des QPC pour des raisons de procédure (I) ; ensuite, nos juridictions suprêmes – Conseil d'État, Cour de cassation et Conseil constitutionnel – considèrent *a priori* comme constitutionnelles les dispositions qui restreignent les droits et libertés des étrangers dans le but de « maîtriser les flux migratoires » (II). De sorte que, finalement, les seules déclarations d'inconstitutionnalité ont porté sur des aspects de la condition des étrangers indépendantes des questions d'entrée et de séjour (III).

I. Les obstacles à la QPC en matière de législation sur les étrangers.

Le premier obstacle, le plus évident, tient au fait que *la quasi-totalité des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) sont censées avoir déjà été contrôlées*. Il est très significatif que, dès mars 2010, le Conseil constitutionnel ait mis en ligne sur son site un tableau de 44 pages (!) au format PDF faisant l'inventaire de toutes les dispositions de ce code déjà contrôlées, comme pour mettre en garde contre certaines illusions et contre une utilisation vouée par avance à l'échec de la QPC dans ce domaine.

En l'espèce, le filtre a été efficace car, sauf erreur de notre part, aucune QPC n'a été rejetée par le Conseil constitutionnel pour ce seul motif, indépendamment de l'hypothèse du changement de circonstances. Le Conseil d'État a ainsi bloqué une question relative à l'absence de recours suspensif devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) contre les décisions de l'OFPRA pour les demandeurs d'asile placés en « procédure prioritaire » comme ressortissants d'un pays d'origine sûr, au motif que l'article critiqué bien que jamais contrôlé par le Conseil constitutionnel sous sa forme existante ((il ne figure pas dans le tableau évoqué plus haut), était issu de réformes législatives successives qui, elles, avaient toutes été soumises au Conseil constitutionnel¹.

En second lieu, *la notion de changement de circonstances a été interprétée de façon restrictive*. À titre d'exemple, le tribunal administratif de Paris avait estimé pertinente la question de la constitutionnalité de l'absence de recours suspensif pour les demandeurs d'asile ren-

¹ CE, réf., 16 juin 2010, A. Diakité.

voyés vers la Grèce sur le fondement du règlement « Dublin 2 »² : en effet, tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice de l'Union européenne avaient reconnu, dans des arrêts de 2011, qu'il existait un risque que les demandes d'asile ne soient pas traitées en Grèce dans des conditions propres à garantir le droit d'asile et le droit de toute personne à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants. Le Conseil d'État a refusé d'y voir un changement dans les circonstances de droit ou de fait³.

Le Conseil constitutionnel, de son côté, a écarté une question transmise par la Cour de cassation relative à l'absence de caractère suspensif du recours devant la CNDA pour les demandeurs placés en « procédure prioritaire » : dans sa décision du 13 août 1993 le Conseil constitutionnel avait admis que le législateur pouvait ne pas reconnaître au requérant le droit au maintien sur le territoire français pendant l'examen de son recours, dès lors que cet examen était garanti, mais la CNDA avait, en avril 2009, opéré un revirement de jurisprudence en admettant l'interruption de l'instruction du recours en cas de renvoi du demandeur. Le changement de circonstance n'est pas constitué, a répondu le Conseil constitutionnel, dès lors que la jurisprudence dégagée par la CNDA n'a pas été soumise au Conseil d'État à qui il revient de s'assurer qu'elle garantit (ou non) le droit au recours⁴.

Un troisième élément contribue également à bloquer les QPC : *l'articulation paradoxale entre contrôle de constitutionnalité et application du droit de l'Union*. Paradoxale, car la question peut être éludée soit parce qu'on fait primer le droit de l'Union, soit parce que, au contraire, on l'écarte. À titre d'exemple de la première hypothèse, on peut citer l'arrêt de la Cour de cassation qui, en ce qui concerne les contrôles d'identité effectués dans la « bande des 20 km » autorisés par l'article 78-2, al. 4 du CPP, a estimé inutile de saisir le Conseil constitutionnel d'une QPC dès lors que la CJUE, saisie d'une question préjudicielle, avait déjà répondu que ces contrôles étaient contraires aux dispositions du TFUE et du « code frontières Schengen » car susceptibles de revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières⁵. De même, le Conseil constitutionnel lui-même a prononcé un non lieu à statuer sur la QPC transmise par le Conseil d'État relative aux cas d'exclusion de la protection subsidiaire : le requérant faisait valoir que ces cas d'exclusion ne prenaient pas en considération l'hypothèse où le demandeur, auteur d'un crime grave de droit commun, encourrait dans son pays la peine de mort ; et la question était incontestablement nouvelle, puisque le Conseil constitutionnel, lorsqu'il avait validé la disposition litigieuse, n'avait pu en examiner la constitutionnalité au regard de l'article 66-1 de la Constitution interdisant la peine de mort, introduit postérieurement par la loi constitutionnelle du 23 février 2007. Le Conseil constitutionnel a néanmoins décliné l'examen de la question au motif que les dispositions contestées se bornaient à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 qui fait ici en somme écran entre la loi et la Constitution⁶.

Inversement, le Conseil constitutionnel a refusé de prendre en considération le droit de l'Union pour apprécier le caractère éventuellement disproportionné de la peine d'emprisonnement infligée à l'étranger séjournant irrégulièrement en France : les requérants contestaient la nécessité d'une telle peine dès lors que la jurisprudence de la CJUE en interdisait désormais le prononcé, et la question avait paru sérieuse à la Cour de cassation. Mais le Conseil constitutionnel a répliqué que le grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative avec les engagements internationaux et européens de la France ne saurait être re-

² Ce règlement fixe les critères pour déterminer le pays de l'Union compétent pour traiter une demande d'asile et permet à un autre État de l'Union de renvoyer le demandeur vers ce pays.

³ CE, 21 mars 2011, M. Amoni.

⁴ Décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, M. Ismaël A.

⁵ Cass., 29 juin 2010, Melki et Abdeli.

⁶ Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, M. Kamel D.

gardé comme un grief d'inconstitutionnalité⁷.

II. Nos juridictions suprêmes sont peu enclines à reconnaître l'inconstitutionnalité des dispositions restreignant les droits et libertés des étrangers en matière d'entrée et de séjour

Les dispositions législatives relatives à l'entrée et au séjour qui n'auraient pas été précédemment contrôlées par le Conseil constitutionnel ont elles-mêmes peu de chances de lui être soumises par la voie de la QPC car un second filtre opère ici : les questions ne sont pas considérées comme « sérieuses » par le Conseil d'État et la Cour de cassation qui ne les transmettent donc pas. Les juridictions suprêmes exercent en effet un véritable « pré-contrôle » de constitutionnalité et jugent en général justifiées et proportionnées, au regard de l'objectif de maîtrise de flux migratoires, les atteintes portées à des droits ou libertés constitutionnellement reconnus aux étrangers.

Ainsi, le Conseil d'État a refusé de transmettre deux QPC portant sur le régime des titres de séjour à Mayotte et les conditions de circulation entre ce territoire et la métropole. Dans la première affaire était contesté le fait que les cartes de séjour délivrées à Mayotte ne sont pas valables en métropole et inversement, en contradiction avec les principes constitutionnels de la liberté d'aller et venir et au principe d'égalité devant la loi. Aucun des griefs n'a été jugé sérieux par le Conseil d'État : le législateur pouvait selon lui « prendre en compte une situation particulière tenant à l'éloignement et à l'insularité de cette collectivité, ainsi qu'à l'importance des flux migratoires dont elle est l'objet et aux contraintes d'ordre public qui en découlent » et qu'en l'espèce il n'avait pas porté à la liberté d'aller et venir reconnue aux étrangers séjournant régulièrement sur le territoire une atteinte disproportionnée⁸. Dans la seconde affaire étaient contestées les dispositions imposant aux étrangers résidant à Mayotte de solliciter un visa pour entrer en métropole et un titre de séjour pour y résider, comme contraires aux principes d'indivisibilité de la République et d'égalité devant la loi. Pour le Conseil d'État le premier principe ne fait pas partie des droits et libertés garantis par la Constitution ; et le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité n'était pas sérieux pour les raisons déjà énoncées dans la décision précédente⁹.

La Cour de cassation, de son côté, a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question de la conformité au principe de la nécessité et de la proportionnalité des peines, consacré par l'article 8 de la DDH, de l'article L. 622-1 du CESEDA qui punit d'une peine d'emprisonnement le fait de faciliter ou de tenter de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France. À ses yeux, la question posée ne présentait pas « à l'évidence, un caractère sérieux », dès lors – explique la Cour dans un raisonnement dont on admirera le caractère tautologique – que la peine d'emprisonnement, que le juge a le pouvoir de moduler, « a été considérée comme nécessaire par le législateur pour lutter avec efficacité contre l'immigration clandestine et l'exploitation des êtres humains » et que « la sanction n'apparaît pas manifestement disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction »¹⁰.

Enfin, le Conseil constitutionnel – que le Conseil d'État et la Cour de cassation évitent, on vient de le voir, de trop solliciter –, a malgré tout eu à trancher à une occasion une question transmise par la Cour de cassation. Dans une décision déjà évoquée plus haut concernant le délit d'entrée ou de séjour irrégulier en France, il a, après avoir écarté l'argument tiré de l'impact de la jurisprudence de la CJUE, estimé que, « eu égard à la nature de l'incrimination pour laquelle elles sont instituées, les peines [...] fixées, qui ne sont pas manifestement disproportionnées, ne méconnaissent pas l'article 8 de la DDH »¹¹.

⁷ Décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012, M. Mohammed Alki B.

⁸ CE, 4 avril 2011, Mme Moussa.

⁹ CE, 1^{er} juillet 2011, Mlle Ali Saïd A.

¹⁰ Cass. crim., 6 décembre 2011.

¹¹ Décision n° 2011-217 QPC du 3 février 2012, M. Mohammed Alki B., précitée

III. Les seules déclarations d'inconstitutionnalité ont porté sur des aspects de la condition des étrangers *totale*ment indépendantes des questions d'entrée et de séjour.

L'apport le plus manifeste de la QPC est d'avoir permis un *toiletage des dispositions manifestement discriminatoires dans l'accès aux droits sociaux* : ceci n'est pas étonnant si on se rappelle que la première grande décision – celle du 22 janvier 1990, restée longtemps seule de son espèce – où le Conseil a fait prévaloir le principe d'égalité entre nationaux et étrangers en situation régulière portait sur les prestations non contributives.

Ont été ainsi déclarées inconstitutionnelles sur le fondement du principe d'égalité une série de mesures visant les anciens combattants : – l'exclusion des Algériens du champ d'application de la loi de dé cristallisation des pensions et le maintien d'une différence de traitement fondée sur la nationalité pour des personnes résidant dans un même pays, donc non justifiée par des différences de pouvoir d'achat¹² ; – le refus de délivrer la carte du combattant aux membres des forces supplétives françaises (harkis) qui ne possèdent pas la nationalité française ou ne sont pas domiciliés en France lorsqu'ils en font la demande¹³ ; – la subordination à une condition de nationalité française de l'attribution d'allocations et rentes de reconnaissance et d'aides spécifiques au logement aux anciens harkis, moghaznis et personnels des diverses formations supplétives ayant servi en Algérie¹⁴.

De même, le Conseil constitutionnel a censuré, pour violation là encore du principe d'égalité, les statuts de l'AFP qui réservaient aux journalistes et agents de nationalité française l'élection de leurs représentants au conseil d'administration¹⁵.

Mais encore faut-il, pour qu'une QPC débouche sur la censure d'une disposition législative, que le problème soulevé soit véritablement dépourvu de tout lien avec les questions d'entrée et de séjour, car *dès lors qu'il existe un lien, même indirect, avec la « maîtrise des flux migratoires », le Conseil constitutionnel écarte presque à coup sûr le grief d'inconstitutionnalité.*

Ainsi, le Conseil constitutionnel a refusé de considérer comme contraires au principe d'égalité des dispositions applicables aux gens du voyage – notamment le régime de stationnement sur des aires d'accueil –, au motif qu'elles seraient « fondées sur une différence de situation entre les personnes [...] dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant et celles qui vivent de manière sédentaire », donc sur des « critères objectifs et rationnels », exclusifs de toute discrimination fondée sur une origine ethnique. Quant aux restrictions à la liberté d'aller et venir résultant de l'évacuation forcée des résidences mobiles, il les a jugées proportionnées aux nécessités de l'ordre public¹⁶. On ne peut comprendre la radicalité de cette décision, qui prend le contrepied des avis de la Halde comme du Comité européen des droits sociaux¹⁷ sur le caractère discriminatoire du statut des gens du voyage, si l'on ne rappelle pas que, derrière ceux-ci, ce sont les Roms qui étaient visés.

Ont également été déclarées conformes une série de dispositions relatives à l'attribution ou l'acquisition de la nationalité française : la question est devenue on le sait particulièrement sensible pour les pouvoirs publics qui estiment devoir exercer dans ce domaine la plus grande vigilance dès lors que la nationalité ouvre un droit au séjour sur le territoire français.

Une première QPC concernait l'acquisition de la nationalité par mariage et plus précisément de la présomption de fraude posée par les articles 21-2 et 26-4 du code civil en cas de

¹² Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts Labane.

¹³ Décision n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010 M. Lahcène A.

¹⁴ Décision n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, Comité Harkis et Vérité.

¹⁵ Décision n° 2011-128 QPC du 6 mai 2011, Syndicat SUD AFP.

¹⁶ Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010, M. Orient O. et autres.

¹⁷ CEDS, 19 octobre 2009, Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France

rupture de la vie commune dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration, donc pendant les deux années suivant le mariage. La Cour de cassation avait jugé sérieuse la question d'une atteinte potentiellement excessive au droit à la vie privée. Le Conseil constitutionnel se borne à répondre, en premier lieu, que la présomption de fraude est destinée à faire obstacle à l'acquisition de la nationalité par des moyens frauduleux et que la conciliation n'est pas déséquilibrée entre les exigences de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée et, en second lieu, à une petite réserve près, que, s'agissant d'une présomption simple, elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense¹⁸.

Dans une autre décision qui portait sur les effets indirects sur la nationalité de la réforme de la filiation, le Conseil constitutionnel a également opté pour une solution qui a pour effet concret de refuser de faciliter l'attribution de la nationalité française, cette fois à la naissance, aux enfants nés hors mariage avant l'entrée en vigueur de la réforme. Le dispositif résultant de la réforme aboutissait à créer une différence de traitement entre les enfants du même âge selon qu'ils étaient nés dans le mariage ou hors mariage, d'une part, entre les enfants nés hors mariage selon leur date de naissance, d'autre part, et, très concrètement, elle empêchait les enfants nés hors mariage et ayant atteint l'âge de la majorité avant le 2 juillet 2006 de se voir reconnaître la nationalité française du seul fait de la désignation de leur mère, de nationalité française, dans leur acte de naissance puisque cette désignation ne suffisait pas avant la réforme à établir juridiquement le lien de filiation. Cette conséquence ne préoccupe guère le Conseil constitutionnel qui relève simplement que la différence de traitement ainsi créée présente un caractère résiduel est qu'elle est en lien direct avec l'objectif d'intérêt général de stabilité des situations juridiques¹⁹.

Enfin, le Conseil constitutionnel a confirmé l'interprétation donnée par la Cour de cassation de la disposition de l'ordonnance du 7 mars 1944 qui avait conféré des droits politiques à certains musulmans d'Algérie. Selon la Cour de cassation – qui avait toutefois elle-même décidé de transmettre au Conseil la question de la constitutionnalité de cette interprétation au regard du principe d'égalité – le fait d'avoir conservé leur statut personnel avait privé les intéressés de l'accès à la nationalité française au moment de l'indépendance²⁰. En entérinant cette interprétation, le Conseil constitutionnel évite d'ouvrir à des Algériens une voie d'accès à la nationalité française.

*

En conclusion, si la QPC est dans l'absolu un outil précieux entre les mains des justiciables, on ne peut pas en attendre plus sur le fond, s'agissant de la protection des droits et libertés, que du contrôle de constitutionnalité classique. Or le Conseil constitutionnel a, depuis de nombreuses années, entériné la priorité donnée par les pouvoirs publics à la maîtrise des flux migratoires, au détriment des droits et libertés des étrangers, allant jusqu'à affirmer, dans sa décision du 9 juin 2011, que « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle ». Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de l'impact limité qu'a eu jusqu'à présent la QPC dans ce domaine.

¹⁸ Décision n° 2012-227 QPC du 30 mars 2012, M. Omar S.

¹⁹ Décision n° 2011-186/187/188/189 QPC du 21 octobre 2011, Mlle Fazia C.

²⁰ Décision n° 2012-259 QPC du 29 juin 2012, M. Mouloud A.