

Danièle Lochak : « Le Conseil constitutionnel n'a jamais défendu les droits des étrangers »

Danièle Lochak Professeure émérite de droit public, membre et ancienne présidente du Groupe d'information et de soutien des immigrés (Gisti) entre 1985 et 2000

Que peut-on attendre de la saisine actuelle du Conseil constitutionnel à propos de la loi immigration ?

Danièle Lochak : Il y a trois éléments à prendre en compte. D'abord un élément de contexte général : on ne peut pas attendre grand-chose du Conseil constitutionnel lorsqu'il s'agit des droits des étrangers. Historiquement, à quelques nuances et réserves d'interprétation près, il a toujours validé l'ensemble des mesures votées par le législateur et accompagné sans ciller toutes les évolutions restrictives en la matière.

Ainsi en matière d'enfermement – ce qu'on appelle aujourd'hui la rétention – le Conseil constitutionnel a d'abord dit en 1980 que sa durée devait être brève et placée sous le contrôle du juge judiciaire, garant de la liberté individuelle. Mais la durée maximale de rétention a été progressivement étendue : de sept jours, elle est passée à dix en 1993, puis douze en 1998, puis 32 en 2003, puis 45 jours en 2011, et enfin, 90 jours en 2018, sans que le Conseil constitutionnel y trouve à redire.

Il a affirmé que la lutte contre l'immigration irrégulière participait de la sauvegarde de l'ordre public, dont il a fait un objectif à valeur constitutionnelle. On voit mal, dans ces conditions, comment des mesures qui ont pour objectif proclamé de lutter contre l'immigration irrégulière pourraient être arrêtées par le contrôle de constitutionnalité...

« Un gouvernement qui annonce d'emblée que certaines dispositions sont contraires à la Constitution et charge le Conseil constitutionnel de "nettoyer" la loi, c'est grotesque »

Autre exemple : en 1993, lors de l'examen de la loi Pasqua, le Conseil constitutionnel a affirmé que les étrangers en situation régulière bénéficient du droit de mener une vie familiale normale. Mais une fois ce principe posé, il n'a censuré aucune mesure restreignant le droit au regroupement familial. Ainsi, même lorsqu'il a rappelé des principes et reconnu que les étrangers devaient bénéficier des garanties constitutionnelles, il a toujours trouvé des aménagements qui ont permis de valider les dispositions législatives restrictives.

Le président du Conseil constitutionnel Laurent Fabius a tancé le gouvernement, et rappelé que l'institution n'était pas « une chambre d'appel des choix du Parlement ». Le Conseil ne va-t-il pas se montrer plus sévère qu'à l'accoutumée ?

D. L. : En effet, le deuxième élément qui change la donne est le contexte politique, avec un gouvernement qui annonce d'emblée que certaines dispositions sont contraires à la Constitution

et charge le Conseil constitutionnel de « nettoyer » la loi. C'est bien entendu grotesque : en élaborant la loi, les responsables politiques sont censés respecter la Constitution.

Surtout, le Rassemblement national (RN) s'est targué d'une « victoire idéologique ». C'est très habile de sa part. En réalité, voilà quarante ans que l'ombre portée du Front national (RN maintenant) pèse sur la politique d'immigration française. Depuis 1983 et l'élection partielle de Dreux où le FN, allié à la droite, l'a emporté sur la liste de gauche menée par Françoise Gaspard, la droite court après l'extrême droite, et la gauche, de crainte de paraître laxiste, court après la droite sur les questions d'immigration.

Hormis quelques lois, dont la loi de 1981 adoptée après l'arrivée de la gauche au pouvoir et celle de 1984 sur la carte de résident, ou encore la loi Joxe de 1989, la politique de la gauche n'a été qu'une suite de renoncements, maintenant l'objectif de « maîtrise des flux migratoires » et de lutte contre l'immigration irrégulière. Il n'y a que sur la nationalité qu'elle n'a jamais cédé.

Cela étant, la revendication de victoire de la part du RN va probablement inciter le Conseil constitutionnel à invalider un plus grand nombre de dispositions de la loi que d'habitude, même si on ignore lesquelles.

Dans la saisine du Conseil constitutionnel sont invoqués beaucoup de « cavaliers législatifs », des dispositions qui n'ont pas de rapport avec l'objet du texte. Le garant de la constitutionnalité de la loi va-t-il trouver là des arguments faciles pour censurer certaines dispositions ?

D. L. : Oui, et c'est le troisième élément à prendre en considération dans les pronostics que l'on peut faire. La présence de nombreux cavaliers législatifs va faciliter la tâche du Conseil constitutionnel, car invalider une disposition pour des raisons procédurales est évidemment plus confortable que de se prononcer sur le fond. Le projet initial portait sur l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers. Or le texte final, « enrichi » d'une multitude d'amendements, est loin de se limiter à ces questions.

Le Conseil constitutionnel peut très bien estimer que les dispositions sur la nationalité, pour ne prendre que cet exemple, qui relèvent du Code civil, sont sans rapport avec l'objet du texte, et les invalider. Alors même qu'en 1993, il avait validé le retour à la manifestation de volonté pour acquérir la nationalité française à partir de 16 ans pour les enfants d'étrangers nés en France, mesure phare de la loi Pasqua¹.

« Même si le Conseil invalide un plus grand nombre de dispositions que d'habitude, il restera des mesures iniques qui rendront la vie impossible aux étrangers résidant en France »

Il peut aussi invoquer « l'incompétence négative », qui désigne le fait pour le Parlement de n'avoir pas précisé suffisamment les termes de certaines dispositions et laissé trop de latitude au gouvernement pour les mettre en œuvre, sans compter les dispositions qui sont manifestement inapplicables tellement elles sont mal conçues.

Mais si les dispositions sont invalidées sur ce fondement, rien n'empêchera leur retour dans un prochain texte puisque le Conseil constitutionnel aura fait une critique sur la forme et ne se sera pas prononcé sur le fond. Et puis il faut être conscient que, même s'il invalide un plus grand

nombre de dispositions que d'habitude, il restera encore suffisamment de mesures iniques qui rendront la vie impossible aux étrangers résidant en France, fût-ce en situation régulière et depuis de très longues années.

Le Conseil constitutionnel a tout de même consacré le principe de fraternité en 2018, et mis fin – au moins partiellement – au délit de solidarité qui punit le fait d'aider les exilés dans un but humanitaire.

D. L. : Oui, c'est un exemple qu'on met souvent en avant. Le « délit de solidarité » – ce sont les militants qui l'ont nommé ainsi, bien sûr – punit l'aide à l'entrée, au séjour et à la circulation des étrangers en situation irrégulière sur le territoire français. A l'époque, les avocats du militant Cédric Herrou avaient posé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel en invoquant le principe de fraternité, qui figure dans la devise républicaine.

Le Conseil constitutionnel a en effet consacré la valeur constitutionnelle du principe de fraternité, et son corollaire, la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire sans considération de la régularité de son séjour. Mais il a restreint la portée de cette liberté en n'y incluant pas l'aide à l'entrée sur le territoire, alors qu'à la frontière franco-italienne, par exemple, l'aide humanitaire est indispensable.

Vous dressez un constat pessimiste. Cela vaut-il la peine que les associations continuent à contester les politiques migratoires devant les juges ?

D. L. : Il faut distinguer les modes d'action. La saisine du Conseil constitutionnel après le vote de la loi est le fait de parlementaires et/ou du gouvernement, ou du président de la République.

Les membres de la « société civile » (associations, avocats, professeurs de droit...) peuvent déposer des contributions extérieures, qu'on appelle aussi « portes étroites ». Celles-ci n'ont aucune valeur officielle, et le Conseil constitutionnel, même s'il les publie désormais sur son site, n'est obligé ni de les lire, ni de répondre aux arguments qui y sont développés.

Les saisines officielles ont été accompagnées, cette fois, de très nombreuses portes étroites. Le Gisti, une association de défense des droits des étrangers créée en 1972 et dont j'ai été la présidente entre 1985 et 2000, a décidé de ne pas s'y associer cette fois-ci, alors qu'il lui était arrivé par le passé d'en rédiger.

Outre que le Gisti ne fait guère confiance au Conseil constitutionnel pour protéger les droits des étrangers, pour les raisons que j'ai rappelées, l'association a estimé que la seule position politiquement défendable était le rejet de la loi dans sa globalité sans se limiter aux dispositions potentiellement inconstitutionnelles. Elle ne souhaitait pas non plus prêter main-forte à la manœuvre du gouvernement visant à instrumentaliser le contrôle de constitutionnalité à des fins de tactique politicienne.

Cela ne nous empêchera pas, ultérieurement, d'engager des contentieux contre les décrets d'application ou de soutenir les étrangers victimes des mesures prises sur le fondement de cette loi.

Les associations obtiennent-elles plus de résultats devant le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ?

D. L. : Les recours devant le Conseil d'Etat ont été historiquement la marque du Gisti. Il a obtenu quelques beaux succès qui lui ont valu de laisser son nom à des « grands arrêts de la jurisprudence administrative ». Mais ces succès ne doivent pas être l'arbre qui cache la forêt car, dans l'ensemble, ni le juge administratif – le plus sollicité – ni le juge judiciaire n'ont empêché la dérive constante du droit des étrangers depuis une quarantaine d'années.

« Les juges sont très sensibles aux idées dominantes et, depuis cinquante ans, la nécessité de maîtriser les flux migratoires fait partie de ces idées dominantes »

Ils n'ont du reste pas vraiment cherché à le faire. Les juges sont très sensibles aux idées dominantes et, depuis cinquante ans, la nécessité de maîtriser les flux migratoires en fait partie. Dans l'ensemble, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation (mais le rôle de celle-ci est moindre dans des affaires qui mettent essentiellement en jeu l'administration) ont quand même laissé passer moins de dispositions attentatoires aux droits des étrangers que le Conseil constitutionnel et ont parfois refréné les ardeurs du pouvoir.

Il est vrai qu'il est plus facile pour le juge administratif d'annuler une décision du gouvernement (un décret d'application, une circulaire), ou une mesure administrative individuelle que pour le juge constitutionnel d'invalider une loi votée par le parlement.

Les considérations politiques jouent assurément dans le contentieux administratif – on l'a vu avec l'attitude subtilement équilibrée du Conseil d'Etat face aux dissolutions d'associations ou aux interdictions de manifestations : il a validé la dissolution du CCIF (Collectif contre l'islamophobie en France) et de la (Coordination contre le racisme et l'islamophobie), mais il a annulé celle des Soulèvements de la Terre.

Ces considérations jouent de façon plus frontale dans le contentieux constitutionnel, devant une instance qui au demeurant, par sa composition, n'a de juridiction que la fonction et craint d'être accusée de chercher à imposer « un gouvernement des juges » qui fait fi de la souveraineté du peuple incarnée par le Parlement.

En s'en remettant au Conseil constitutionnel et en lui laissant le soin de corriger les dispositions qu'il n'aurait jamais dû laisser adopter, le gouvernement a fait assurément le jeu de la droite et de l'extrême droite qui vont évidemment crier au gouvernement des juges.

Quelles seront les solutions pour continuer à mener la bataille une fois la loi adoptée ?

D. L. : Les mêmes que d'habitude ! Le Conseil constitutionnel n'examine pas la conformité des lois au regard des conventions internationales, estimant que ce contrôle appartient à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. On pourra alors déférer à ce dernier les décrets d'application de la loi.

Même si ces textes sont conformes aux dispositions législatives qu'ils mettent en œuvre, on pourra tenter de démontrer qu'ils sont en contradiction avec la législation de l'Union européenne, avec des dispositions de la Convention européenne telles qu'elles sont interprétées par la Cour de Strasbourg ou encore de la convention sur les droits de l'enfant.

Ultérieurement, on pourrait envisager de demander à la Cour européenne des droits de l'homme la condamnation de la France. Mais on ne peut le faire qu'à l'occasion d'une affaire individuelle, après « épuisement » de tous les recours internes. Donc dans très longtemps.

1. En 1993, une loi réforme le droit de la nationalité avec une mesure principale : les enfants nés en France de parents étrangers doivent demander la nationalité française entre 16 et 21 ans, son acquisition n'est plus automatique à la majorité. La manifestation de volonté devient une condition nécessaire à l'acquisition de la nationalité française au titre de la naissance et de la résidence en France. Cette disposition est validée par le Conseil constitutionnel. En 1998, après le retour de la gauche au pouvoir, une autre loi supprime la manifestation de volonté. L'enfant né en France de parents étrangers nés à l'étranger acquiert automatiquement la nationalité française à sa majorité, sans avoir à en manifester la volonté dès lors qu'il réside en France à cette date et qu'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq années entre l'âge de 11 ans et de 18 ans. Pour ce même enfant, il devient possible de demander d'acquérir la nationalité française de façon anticipée : soit à 16 ans, de sa propre initiative, soit dès l'âge de 13 ans si ses parents en prennent l'initiative avec son consentement.

Propos recueillis par Céline Mouzon