



HAL
open science

”Le non-renvoi des QPC en droit des étrangers”

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. ”Le non-renvoi des QPC en droit des étrangers”. Institut Universitaire Varenne. Le non-renvoi des QPC. Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d’Etat. Actes du colloque de Clermont-Ferrand des 26-27 octobre 2017, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, 300 p., , pp. 259-271, 2018, 978-2370321640. hal-01890279

HAL Id: hal-01890279

<https://uca.hal.science/hal-01890279v1>

Submitted on 21 Jan 2023

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.

Le non renvoi des QPC en droit des étrangers

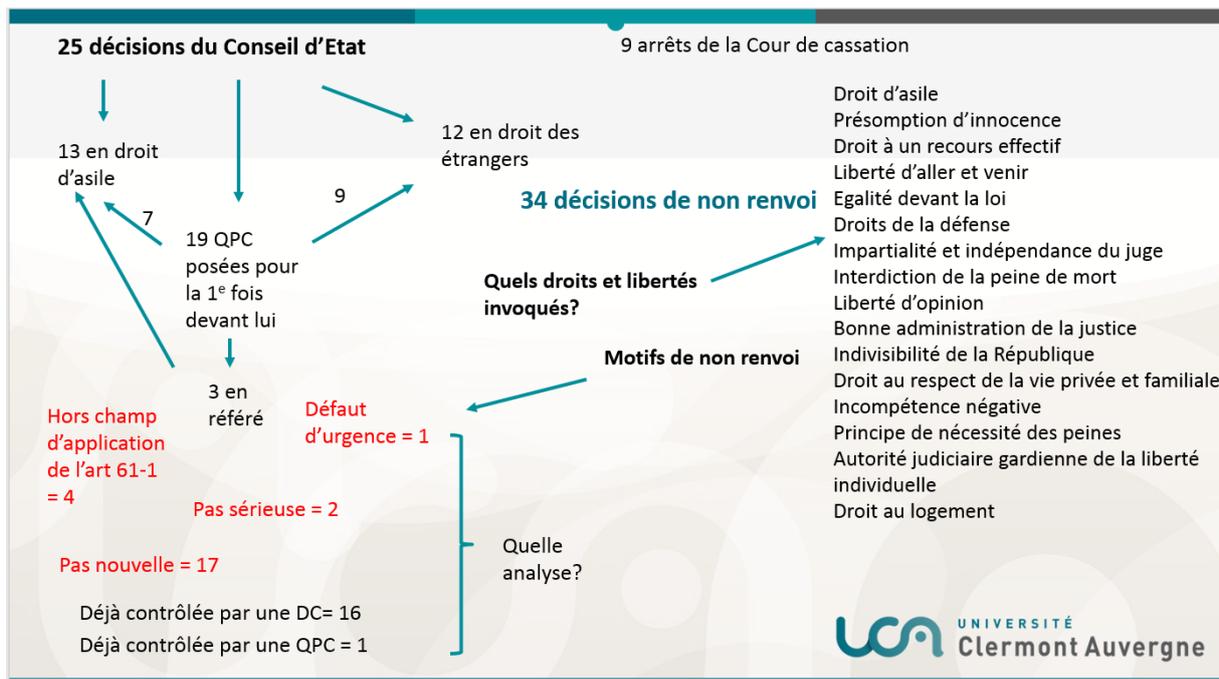
in: Le non-renvoi des QPC. Unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Actes du colloque de Clermont-Ferrand des 26-27 octobre 2017, N. Droin et A. Fautré-Robin (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 259-271

Caroline Lantero

MCF en droit public à l'UCA EA4232

Même si le traitement conjoint (pour ne pas dire connexe) de la question du *droit des étrangers* de la question du *droit d'asile* est de plus en plus assumé, il reste impératif de les distinguer, en tout domaine, dont évidemment celui de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le droit d'asile se distingue d'ailleurs sur deux points : 1^{re} particularité : on le trouve dans la Constitution, inscrit au 4^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946 et à l'article 53-1 du texte de 1958 ; 2^{de} particularité : les QPC sont souvent posées pour la première fois devant le Conseil d'État (la cour nationale du droit d'asile étant juge d'asile de premier et dernier ressort en la matière et le Conseil d'État étant juge d'appel en référé-liberté).

Entre avril 2010 et octobre 2017, de nombreuses tentatives de QPC ont été faites, révélant l'invocation de tout aussi nombreux moyens de constitutionnalité, applicables – donc – aux droits des étrangers, au-delà du droit d'asile. On dénombre 34 décisions de non-renvoi (cour de cassation et Conseil d'État réunis) et seulement 4 QPC renvoyées par le Conseil d'État, lesquelles ont donné lieu à 3 décisions de conformité à la Constitution et un non-lieu.



Quelle analyse ?

À titre liminaire **une observation** qui ne relève pas de l'analyse. En allant chercher dans les décisions de non-renvoi anecdotiques (c'est-à-dire celles concluant à l'inapplicabilité de l'article 61-1, celles relatives au manque de sérieux, ou celles liées à la recevabilité du recours principal), on retrouve, à l'occasion de QPC en matière d'asile et de droit des étrangers, les grandes lignes de la procédure de filtrage ainsi que l'émergence de nouveaux principes.

Parmi les **grandes lignes**, relatives aux QPC non transmissibles ou non « renvoyables », car n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 61-1, on retrouve une irrecevabilité matérielle bien connue liée à ce que la QPC doit porter sur une disposition législative. Si tel n'est pas le cas, par exemple si elle porte sur la constitutionnalité d'un traité ou sur une loi autorisant la ratification d'un traité¹ ou sur une ordonnance de l'article 38 non ratifiée, ou encore, sur une loi constitutionnelle, la QPC sera irrecevable. De fait, tenter de soulever l'inconstitutionnalité de loi de ratification de la convention de Genève revient à solliciter un contrôle de constitutionnalité de la convention de Genève et la démarche sera irrecevable². De même, une QPC ne peut soulever que des moyens tirés des droits et libertés constitutionnellement protégés, et non tirés de dispositions constitutionnelles qui ne sont pas des droits et libertés : l'indivisibilité de la République par exemple³.

¹ CE 16 juillet 2010, Sté des brasseries et casinos « Les flots bleus », n° 339292.

² CE 14 mai 2010, Rujovic, n° 312305.

³ CE 1er juillet 2011, Ali Said, n° 347322.

La QPC est en revanche admise pour des lois mettant en œuvre un règlement de l'Union européenne et théoriquement admise pour les lois de transposition⁴ dont on sait, particulièrement en droit des étrangers, qu'elles peuvent s'éloigner de la directive européenne⁵, mais c'est encore à condition qu'elles ne se bornent pas à transposer « *les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, sauf mise en cause de l'identité constitutionnelle de la France* »⁶. Le Conseil d'État l'a ainsi jugé lorsqu'un requérant a soulevé l'inconstitutionnalité des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) relatives à l'interdiction de retour sur le territoire français après une OQTF, mais que la Haute juridiction a regardé comme non susceptibles de QPC,⁷ car elles se bornaient à transposer les dispositions précises et inconditionnelles de la Directive « Retour »⁸. De même lorsqu'un employeur a contesté les dispositions du CESEDA infligeant une amende pour emploi d'un travailleur étranger en situation irrégulière et consistant à participer aux frais de réacheminement de l'étranger dans son pays d'origine, le Conseil d'État a estimé que ces dispositions se bornaient à transposer les dispositions précises et inconditionnelles⁹ de la Directive de 2009 relative à de telles sanctions¹⁰.

En ce qui concerne les **principes** ayant émergé, c'est à l'occasion d'une décision de non-renvoi, l'ordonnance *Diakité*, que le Conseil d'État a estimé dès 2010 que la QPC pouvait être soulevée devant le juge des référés, et notamment le juge du référé-liberté¹¹, tout en rappelant que le sort de la QPC est lié au sort réservé au litige principal et qu'un défaut d'urgence en procédure de référé entraîne le non-renvoi de la QPC¹², démontrant ainsi la nature seulement incidente de la QPC.

S'agissant de l'analyse, une première est tirée des chiffres : il n'y a pas - ou peu - de place pour la QPC du fait d'une précédente décision du Conseil constitutionnel (une DC),

⁴ CE 17 décembre 2010, M. Le Normand de Bretteville, n° 343752.

⁵ Voir notamment s'agissant de la Directive « Accueil », C. Lantero, « La réforme du droit d'asile », *Lexbase Hebdo* édition publique, n°384 du 3 septembre 2015, pp. 19-30.

⁶ Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010.

⁷ CE 8 février 2017, n° 404993, aux T.

⁸ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

⁹ CE 30 juin 2017, SARL New Coiffure, n° 407711.

¹⁰ Directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

¹¹ CE, ord. 16 juin 2010, Diakite, n° 340250 pour le référé-liberté ; CE 21 octobre 2010, Conférence nationale des présidents des unions régionales des médecins libéraux, n°343527 pour les référés-suspension.

¹² CE, Ord., 11 avril 2011, req. N° 348364 pour le L. 521-2 ; CE 19 novembre 2010, Benzoni, n° 344014 pour le L. 521-1.

particulièrement omniprésente en la matière. En outre, la marge de manœuvre résiduelle est nécessairement réduite par les décisions QPC (même si rares sont celles qui ont été transmises). L'ensemble rend la QPC techniquement impossible (I). Une seconde est tirée de la matière : il n'y a pas – ou peu - de place pour la QPC en droit des étrangers, car il n'y a pas ou peu de place pour les étrangers dans la Constitution, le défaut de nouveauté de la question étant généralement assorti de son manque de sérieux, ce qui rend la QPC matériellement improbable (II).

I. La QPC impossible

Les chiffres présentés démontrent que la très large majorité de décisions de non-renvois est fondée sur le fait que la question n'est **pas nouvelle**, avec, systématiquement, un Conseil d'État qui conclut à l'absence de changement de circonstances de nature à transmettre tout de même. 17 décisions sur 25. Cela représente 68% de décisions de non-renvoi. Sur ces 17, NEUF ne sont pas nouvelles, car ont déjà été tranchées dans le cadre du contrôle *a priori*. Pour les 6 autres, 5 ne sont « ni nouvelles ni sérieuses » et une seule n'est pas sérieuse.

A. La QPC décapitée par le contrôle *a priori*

La QPC en matière de droits des étrangers et de droit d'asile est décapitée par le contrôle de constitutionnalité par voie d'action, lequel est presque systématiquement activé. En matière de contrôle *a priori*, et depuis 1980, le Conseil constitutionnel a rendu 20 décisions touchant au statut des étrangers, dont 14 dans les seules matières du droit d'asile et de l'immigration.

L'imprécision de la notion de changement de circonstances a été critiquée (par la doctrine comme par l'ensemble des intervenants du colloque)¹³ et ce n'est pas l'étude des décisions de non-renvoi en matière de droit des étrangers qui seront éclairantes sur cette difficulté.

¹³ A. Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA*, 2011, p. 691 ; V. aussi Conseil Constitutionnel, « QPC et changement de circonstances », A la Une, novembre 2013, url : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/novembre-2013-qpc-et-changement-des-circonstances.138585.html>

Sur les 17 décisions de non-renvoi du Conseil d'État, 9 ont été motivées par référence à une décision antérieure du Conseil constitutionnel, prise dans le cadre du contrôle par voie d'action. Sur ces 9 décisions, 8 se bornent à faire valoir « *qu'aucun changement de circonstances survenu depuis ces décisions n'est de nature à justifier* » le renvoi. Deux d'entre elles précisent même que la situation n'a pas changé depuis la décision déférée, quand bien même le Conseil constitutionnel ne s'était pas prononcé sur le motif qu'invoquait le requérant dans sa QPC¹⁴, ce qu'il fait de manière constante depuis sa jurisprudence *Commune de Buc* de 2010¹⁵.

Une seule entre dans les détails. Une seule décision de non-renvoi, donc, motive l'absence de changement de circonstances¹⁶. Mais on peut également lire en creux qu'il s'agit de la seule affaire dans laquelle les requérants ont tenté de faire valoir un changement de circonstances. Et c'est bien là une donnée qui nous échappe. Qu'ont demandé les requérants ? Qu'ont-ils établi ? Comment ont-ils justifié ? Il ne faut pas oublier que le juge administratif ne répond qu'aux moyens, et jamais aux arguments. Julien Bonnet a évoqué un problème d'acculturation à la QPC et un déficit de réflexe constitutionnel chez les avocats¹⁷. Peut-être ne faut-il pas oublier cette donnée sociologique non plus et réserver toute conclusion formelle sur une posture du Conseil d'État sur ce point. Il faut également que le justiciable (son conseil) s'approprie les moyens de la QPC.

Reste qu'à la lecture des décisions de non-renvoi, lorsque le Conseil constitutionnel a jugé *a priori*, le Conseil d'État ne peut lui soumettre *a posteriori*, et rien ne nous permet d'évaluer l'appréciation par le juge de renvoi, de la notion de changement de circonstances.

Ainsi, même la QPC de 2015 relative à la présence, dans la composition de la CNDA, d'un fonctionnaire nommé issu des ministères en charge des questions d'asile en méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions tels que consacrés par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil d'État rejette la QPC sur le fondement d'une décision antérieure du Conseil constitutionnel, portant sur la composition de la feu la commission des recours des réfugiés : « *sous la seule réserve de la dénomination de la juridiction appelée à statuer sur les demandes d'asile, les dispositions de l'article L. 732-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont identiques aux*

¹⁴ CE 3 juillet 2013, n° 368854 et CE 9 juillet 2015, n° 389735.

¹⁵ CE 19 mai 2010, *Commune de Buc*, n° 330310, au Rec.

¹⁶ CE 12 juillet 2017, n° 407437.

¹⁷ J. Bonnet, Le point de vue du constitutionnaliste sur le non-renvoi des QPC par les Cours suprêmes, communication du 26 octobre 2017 dans *Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité – Université et diversités des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'État*.

*dispositions résultant de l'article 4 de la loi du 10 décembre 2003, qui ont été déclarées conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel du 4 décembre 2003 »¹⁸. Il ajoute, et c'est la portée de cet arrêt remarqué pour le travail d'interprétation conforme auquel s'est livré le Conseil d'État et qui a compensé le non-renvoi, que « *que les principes d'indépendance et d'impartialité, indissociables de l'exercice des fonctions juridictionnelles, s'appliquent à la Cour nationale du droit d'asile, et qu'il appartient à celle-ci de désigner des interprètes qui exercent leur mission de manière impartiale, que les moyens tirés de ce que les dispositions contestées portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doivent être écartés* ».*

Le Conseil constitutionnel a donc tout jugé *a priori*. Parmi les très rares exceptions relevées, la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, qui est pour l'essentielle une loi de transposition. Quel sort sera réservé aux tentatives de QPC ? Difficile à pronostiquer, mais le suspense n'est pas insoutenable.

B. Les futures QPC étouffées par les décisions de conformité : circularité

À ce jour, 6 QPC seulement ont été transmises par le Conseil d'État. Quatre d'entre elles ont fait l'objet d'une décision de conformité¹⁹. La 5^e a donné lieu à un non-lieu à statuer²⁰, la 6^e vient d'être transmise au sujet de ce monsieur assigné à résidence depuis plus de 9 ans²¹.

Aucune, donc, n'a pu permettre d'entrevoir la possibilité de dispositions législatives susceptibles d'être sanctionnées. Or, et on le sait, la circularité prend le relais. Avec une interprétation élargie de l'autorité de la chose jugée, le Conseil d'État admet communément – à tout le moins dans la matière étudiée – que la disposition législative a déjà été jugée conforme à la Constitution et participe à une sorte de validation des acquis de la chose dite comme constitutionnelle. Il ne permet pas, à l'instar d'ailleurs de la Cour de cassation, de contraindre le Conseil constitutionnel à faire évaluer cette chose dite comme constitutionnelle.

¹⁸ CE 5 juillet 2013, n° 347271, 360220, 368567.

¹⁹ CC 22 mai 2013, n° 2013-312 QPC ; CC 29 novembre 2013, n° 2013-358 QPC ; CC, 5 octobre 2016, n° 2016-580 QPC, CC 11 octobre 2013 n° 2013-347 QPC.

²⁰ CC 17 décembre 2010, n° 2010-79 QPC.

²¹ CE 20 septembre 2017, Daoudi, n° 411774.

C'est donc sans surprise que le Conseil d'État a pu refuser de renvoyer une QPC qui avait déjà fait l'objet d'une décision QPC²².

En droit des étrangers, on ne relève aucun refus de renvoi en raison de l'irrecevabilité (intrinsèque) de la QPC, ou de l'inopérance du moyen d'inconstitutionnalité ou de défaut de bien-fondé du moyen.

II. La QPC improbable

A. La Constitution ne protège pas les étrangers

Un réflexe légitime pourrait laisser penser que la Constitution s'adresse naturellement ou à tout le moins spontanément aux citoyens plutôt qu'aux étrangers. La Constitution de 1958 s'adresse d'ailleurs assez peu aux citoyens eux-mêmes. Et fût-ce en élargissant au bloc de constitutionnalité, ni le préambule, ni la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ni le Préambule de la Constitution de 1946, ni la Charte de l'environnement de 2004, ne contiennent de disposition portant sur le statut juridique des étrangers. Seule la Constitution du 24 juin 1793 l'avait prévu. Elle proclamait en son article 120 que le « *Peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans* » et proposait à l'article 4 une définition considérablement extensive de la citoyenneté puisqu'était admis à l'exercice des droits du citoyen français : « *Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis ; - Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année - Y vit de son travail - Ou acquiert une propriété - Ou épouse une Française - Ou adopte un enfant - Ou nourrit un vieillard ; - Tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité* ». Cette Constitution n'a cependant jamais été appliquée.

Dans l'histoire constitutionnelle, les seules dispositions qui se réfèrent à un statut de l'étranger sont relatives au seul droit d'asile. L'alinéa 4 du préambule de 1946 disant que : « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les*

²² CE 30 décembre 2016, n° 398371.

territoires de la République ». Et l'article 53-1, qui est un doublon (*cf infra*). Ces dispositions²³ ne suffisent pas, on l'a vu, à sauver des QPC portant sur le droit d'asile.

D'abord, car ce contentieux active régulièrement des procédures d'urgences dans lesquelles la QPC est peut-être moins maniable qu'ailleurs (urgence, réactivité, technicité, etc.), ensuite et surtout, parce que les droits et libertés constitutionnellement protégés ne protègent guère l'étranger.

Et c'est à travers l'étude de l'absence de sérieux des questions posées que ce constat s'impose.

Sur cette question, il a déjà été dit qu'on se rapproche très nettement de l'approche relative à la « difficulté sérieuse » et que les juges ont en quelque sorte inventé la « théorie de la Constitution claire²⁴ »²⁵. En déterminant ainsi le sens des dispositions constitutionnelles, les hautes juridictions se font juges de droit commun. Et lorsqu'elles refusent de renvoyer en raison de ce que la disposition législative ne porte pas une atteinte excessive ou qu'elle est suffisamment justifiée au regard de l'objectif d'intérêt général, elles vont jusqu'à se livrer à contrôle de proportio-constitutionnalité pour juger du sérieux de la question soulevée et de la justification de l'atteinte portée aux droits et libertés. C'est sur ce second point que les non-renvois de QPC en droit des étrangers présentent une vraie singularité.

Plusieurs des décisions recensées assortissent le manque de nouveauté de la question d'un manque de sérieux. Sauf erreur, une seule rejette la QPC pour son manque « sec » de sérieux. S'agissant d'une législation spécifique au droit des étrangers (en l'occurrence le droit des demandeurs d'asile), une ordonnance de référé, très peu motivée au demeurant, balaye totalement les moyens soulevés (droit d'asile et sauvegarde de la dignité de la personne) à l'encontre d'une disposition législative (obligation de disposer d'un document remis lors de l'enregistrement de la demande d'asile pour bénéficier d'une place en centre d'accueil), et oublie même – ou alors déclare le moyen inopérant par prétériorité – de se prononcer sur la

²³ E. Millard, La constitution ignore les étrangers. *Plein Droit*, GISTI, 2012, pp.14-17, url : <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00938340/document> ; J. Kissangoula, La constitution française et les étrangers, Paris, LGDJ, 2001, 573 p. ; D. Lochak, Les étrangers et les droits de l'homme », in *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, 1981, p. 615

²⁴ Par analogie à la théorie de l'acte clair sur le refus de renvoi à la CJUE du CE : CE 19 juin 1964, *Sté des pétroles Shell-Berre et a. Rec.*, p. 344

²⁵ A. Roblot-Troizier, La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°40, juin 2013.

violation du principe à valeur constitutionnelle du droit au logement (pourtant invoquée, si on en croit les visas de l'ordonnance)²⁶.

S'agissant d'une législation non spécifique aux droits des étrangers, mais instituant une différence de traitement vis-à-vis des non-ressortissants d'un pays de l'UE (en l'espèce, l'accès au RSA), le Conseil d'État a rejeté la QPC en estimant qu'elle n'était pas nouvelle (sans se référer à une précédente décision du Conseil constitutionnel), ni sérieuse. Le moyen invoqué était tiré de la méconnaissance le principe d'égalité devant la loi, garanti par les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil d'État répond, par une formulation qui n'est, pour le coup, pas nouvelle, que « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.* »²⁷ Même logique à l'encontre des dispositions législatives relatives aux modalités de demande de l'aide juridictionnelle : « *ne sont pas contraires au principe d'égalité entre les citoyens devant la loi énoncé à l'article 1er de la Constitution dès lors que les étrangers sont dans une situation différente des nationaux en ce qui concerne le régime de leur séjour en France* »²⁸.

Ce principe, bien connu, est l'un des grands freins à la QPC en matière de droit des étrangers. Si certains étrangers peuvent se prévaloir d'un droit subjectif (le droit d'asile), tous les autres peuvent certes invoquer les droits et libertés constitutionnellement protégés, mais beaucoup vont se heurter, soit aux modalités du principe d'égalité, soit au contrôle de proportionnalité du juge administratif.

Dans un arrêt de 2011, le Conseil d'État rejette une QPC dirigée contre les dispositions du CESEDA régissant les modalités d'entrée sur le territoire de Mayotte (modalités dérogatoires du droit commun) en se livrant à une appréciation de l'atteinte portée par la disposition législative à une liberté constitutionnellement protégée. Rappelant d'une part « *que l'État est en droit de définir des conditions d'admission des étrangers sur son territoire, sous réserve des engagements internationaux de la France et du respect des principes à valeur constitutionnelle* » ; d'autre part, que la situation d'éloignement et d'insularité de la collectivité et « *l'importance des flux migratoires dont elle est spécifiquement l'objet et aux*

²⁶ CE ord 18 février 2014, Yacubi, n° 375403.

²⁷ CE 17 juin 2017, Tregrova, n° 406930.

²⁸ CE 1er juillet 2011, n° 349273.

contraintes d'ordre public qui en découlent » ne méconnaît pas le principe d'égalité ; le Conseil d'État conclut donc que « *le législateur n'a pas porté à la liberté d'aller et venir reconnue aux étrangers séjournant régulièrement sur le territoire une atteinte disproportionnée* »²⁹. Cette solution est régulièrement reprise depuis³⁰.

Ainsi donc, la Constitution ne s'adresse pas aux étrangers, d'où la pauvreté des renvois de QPC en matière de droits des étrangers.

Enfin, même lorsque la Constitution le fait.... Alors on révisé la Constitution.

B. Si elle le fait, on la révisé.

Ce retour sur l'histoire (que la QPC de moins de dix ans ne peut certes pas connaître) du traitement constitutionnel des étrangers, et notamment des étrangers susceptibles de bénéficier de l'asile constitutionnel, nous semble nécessaire pour démontrer que la Constitution n'a pas vocation à les protéger et que l'encombrant bloc de constitutionnalité qui a émergé en 1971³¹ a vite été maîtrisé.

1. La retentissante décision du 13 août 1993

Le 15 juillet 1993, la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers fut déférée au Conseil Constitutionnel. L'article 24 de cette dernière visait notamment à modifier l'ordonnance de 1945 en prévoyant un chapitre intitulé « Des demandeurs d'asile », qui concernerait les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié, sur le territoire français. Les articles insérés dans l'ordonnance de 1945 prévoyaient notamment la compétence exclusive du préfet pour refuser l'admission dans le cas où l'examen de la demande d'asile relevait de la compétence d'un autre État (au titre des Conventions Schengen et Dublin).

²⁹ CE 4 avril 2011, n° 345661, au Recueil.

³⁰ V. CE 1er juillet 2011, n° 347322. y compris s'agissant des femmes abandonnées par leur conjoint français, et dont le titre de séjour peut n'être pas renouvelé pour cette raison, alors que les femmes victimes de violences conjugales ont un statut dérogatoire : « le législateur a pu prendre des mesures spécifiques pour les étrangers victimes de violences conjugales qui se trouvent dans une situation particulière et différente des autres étrangers dont la communauté de vie avec leur conjoint a cessé : CE 13 juin 2012, n° 354577.

³¹ CC 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC.

Dans sa décision du 13 août 1993³², le Conseil estime que certains étrangers « *peuvent se prévaloir* » du droit reconnu dans le *Préambule de 1946*, « *selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ». Mais il rappelle surtout que les garanties attachées au droit d'asile tel que prévu à l'alinéa 4 du *Préambule*, si elles ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, n'en représentent pas moins pour le législateur une exigence constitutionnelle qu'il se doit d'assurer. Le Conseil ajoute que « *s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* ». Il censurera d'ailleurs, pour non-respect du principe constitutionnel du droit d'asile, les dispositions de la loi relatives à la compétence exclusive du préfet et empêchant le demandeur d'asile de saisir l'OFPRA d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié.

Cette décision marque la distinction entre les demandeurs d'asile invoquant la *Constitution* (ce qu'ils ne pouvaient en réalité faire que depuis 1971³³), et les demandeurs d'asile invoquant la *Convention de Genève*. En rompant le lien entre la *Convention de Genève* et l'alinéa 4 du *Préambule de 1946*, et en définissant le droit d'asile comme un « droit fondamental subjectif d'application directe », le juge constitutionnel a révolutionné la scène juridique. Il en a résulté la coexistence d'un droit d'asile *constitutionnel*, droit de l'individu, avec le droit d'asile *conventionnel*, « droit » ou faculté de l'État. Pour les « combattants de la liberté », le premier est directement invocable et applicable en tant que droit subjectif, et pour les « autres » persécutés, il y a la *Convention de Genève* qui leur apporte des garanties minimales.

À la suite de la décision du Conseil Constitutionnel de 1993, le Gouvernement a sollicité l'avis du juge administratif sur la possibilité d'adopter une loi permettant de soumettre les candidats à l'asile qui se fondent sur le *Préambule de 1946*, aux règles de la *Convention de Schengen* et de *Dublin*. La réponse du Conseil d'État fut bien sûr négative³⁴, et insista sur le fait qu'une obligation constitutionnelle telle qu'inscrite au quatrième alinéa du *Préambule* ne pouvait disparaître que par l'effet d'une loi constitutionnelle.

³² CC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, 93-325 DC, *Rec.*, p. 224.

³³ DC 17 juillet 1971, *Liberté d'association*.

³⁴ CE, sect. Int. Avis 23 septembre 1993, *Droit d'asile*, *Grands avis*, 1997, n° 39.

La décision de 1993 a été immédiatement vidée de son sens par la tout aussi retentissante³⁵ révision de la *Constitution* visant à mettre la France en conformité avec ses engagements internationaux. Mais pour ne pas toucher au *Préambule*, cette révision a fait du droit d'asile constitutionnel un monstre à deux têtes.

2. La retentissante révision de la Constitution

En réponse immédiate à la décision du Conseil Constitutionnel, la majorité politique de l'époque décide de procéder à une révision de la Constitution, en vue de faire appliquer la Convention Schengen³⁶. Il s'agissait donc de permettre à l'État français de s'abstenir de l'examen d'une demande d'asile formulée par une personne persécutée pour son « action en faveur de la liberté » (exigence constitutionnelle), alors qu'en vertu de la *Convention Schengen*, la France n'était pas le pays responsable de la demande d'asile (engagement conventionnel). De nouvelles dispositions constitutionnelles « relatives aux accords internationaux en matière de droit d'asile » ont été inscrites dans la loi fondamentale, et insérées dans le titre VI consacré aux traités et accords internationaux. Le nouvel article 53-1 fut ainsi rédigé :

« La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. »

³⁵ Bruno GENEVOIS, « Le statut constitutionnel des étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871 ; Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, « Les étrangers en France : de la décision du Conseil constitutionnel au droit d'asile », *Les petites affiches*, 9 septembre 1993, n°108, p. 4. ; Roger PINTO, « Le Conseil constitutionnel et la Cour Suprême des États-Unis confrontés au droit international. Entrée et séjour des étrangers », *JDI*, 1994, p. 303 ; Laurence BURORGUE-LARSEN, « La politique de l'asile au service de la réglementation des flux migratoires », *Gazette du palais*, 15 novembre 1994 ; Patrick GAIA, « Droit d'asile et Constitution », *Revue Belge de droit constitutionnel*, 1994, p. 203. ; Yves GAUTIER, « Les accords Schengen et le droit d'asile à l'épreuve du débat constitutionnel », *Europe (Juris-Classeurs)*, décembre 1993, p. 1. ; Jean ROSSETTO, « La Convention de Schengen : controverses et incertitudes françaises sur le droit d'asile », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1994, p. 315. ; Danièle LOCHAK, « Le trompe-l'œil du Palais-Royal », *Plein droit*, 22-23 octobre 1993-mars 1994, p. 6. ; Jean GICQUEL et P. AVRIL, *Pouvoirs*, 1993, n° 68, pp. 166-167 et p. 172. ; Denis ALLAND, « Droit constitutionnel et droit international, droit d'asile », *RGDIP*, 1994, p. 205. ; Dominique TURPIN, « La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Revue critique de international privé*, 1994, p. 1. ; François JULIEN-LAFERRIERE, « Le droit d'asile enterré à peine découvert », dans *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 209 et s.

³⁶ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile, *JO* du 26 novembre 1993.

Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif. »

Cette disposition est redondante. Le premier alinéa précise que la France peut conclure des traités, ce qui n'est pas une révélation constitutionnelle concernant les compétences internationales de l'État français. Ajouter que la France peut conclure des traités « en matière d'asile » ne semble pas être une précision fondamentale. Quant au contenu du second alinéa, il existe depuis 1946 dans le Préambule, et n'a d'ailleurs jamais été remis en cause par la Convention Schengen qui donne expressément à l'État la faculté d'accorder l'asile sur la base de son droit national (art. 29-4).

Il se trouve néanmoins que la révision constitutionnelle a permis le vote en décembre 1993, d'une nouvelle loi sur la maîtrise de l'immigration reprenant quasiment mot pour mot, les dispositions qui avaient été censurées par le Conseil Constitutionnel, quelques mois auparavant.

Au fil des législations et interprétations du Conseil constitutionnel suivantes, l'application de l'alinéa 4 du *Préambule* a été réduite aux situations dans lesquelles l'examen de la demande d'asile d'un combattant de la liberté, relève conventionnellement de l'État français³⁷. L'instruction des demandes d'asile constitutionnel a été confiée à l'OFPRA qui statue par une procédure unique³⁸, qualifiant finalement les « combattants de la liberté » au régime de protection de la Convention de Genève, comme les autres, sans droits ni garanties supplémentaires. En donnant une assise légale au fondement constitutionnel de l'asile, la loi *Chevènement* de 1998 offrait des occasions plus nombreuses de reconnaître la qualité de réfugié à une personne persécutée pour « son action en faveur de la liberté », mais au prix de ce qui n'était ni plus ni moins qu'un déclassement normatif de l'asile constitutionnel en asile législatif. Être combattant de la liberté permet l'accès au statut conventionnel, mais n'ouvre plus de droit fondamental subjectif à l'asile.

³⁷ Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, dite Debré ; CC, 22 avril 1997, n° 97-389 DC, Rec.p.45.

³⁸ Loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite Chevènement ; CC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, n°98-399 DC, Rec. p. 245, JO du 12 mai 1998, p. 7092

