

SARL THOUVENIN COUDRAY GRÉVY
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
13, rue du Cherche-Midi
75006 PARIS
01 53 63 20 00
contact@scp9.fr

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

OBSERVATIONS A L'APPUI DE

QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITE

n° 2024-1091 QPC, 2024-1092 QPC et 2024-1093 QPC

POUR :

- 1. M. D. S.**
- 2. M. C. F.**
- 3. M. B. B.**
- 4. Le syndicat CNT SO du nettoyage**
- 5. La Fédération Solidaires unitaires et démocratiques – SUD – commerces et services – Solidaires**
- 6. La Fédération nationale des transports et de la logistique Force Ouvrière UNCP (FNLT FO UNCP)**
- 7. La Confédération française démocratique du travail (CFDT)**
- 8. La Confédération générale du travail (CGT)**
- 9. L'association La Ligue des droits de l'homme (LDH)**
- 10. L'association Le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)**
- 11. Le Syndicat des avocats de France (SAF)**
- 12. L'Union syndicale Solidaire**

SARL THOUVENIN – COUDRAY – GRÉVY (1 à 12)

PRESENTATION

Par trois arrêts du 29 février 2024 (pourvois n° Z 23-40.019, B 23-40.021 et C 23-40.022), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité qui lui ont été transmises par le conseil de prud'hommes de Paris par trois jugements du 13 novembre 2023 dans les instances opposant à titre principal MM. D. S. C. F. et B. B. , à l'initiative de ces questions, et leurs employeurs, les sociétés Propolys et Mistertemp gestion industrie

Les questions renvoyées sont identiquement ainsi libellées :

« Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, et notamment au principe d'égalité des justiciables devant la loi et au droit à un procès équitable, en ce qu'elles excluent par principe les salariés étrangers en situation irrégulière du bénéfice de l'aide juridictionnelle ? »

Les exposants viennent ici présenter des observations tendant à ce que ces dispositions soient déclarées inconstitutionnelles.

*

I.- Sur l'adoption des dispositions litigieuses

La conformité à la Constitution de la condition de régularité de séjour, fruit d'un amendement parlementaire, a été mise en doute dès son adoption.

La loi n°72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'aide judiciaire prévoyait en son article premier, alinéa 3, que *« sont admises au bénéfice de l'aide judiciaire les personnes physiques de nationalité française ainsi que les étrangers ayant leur résidence habituelle en France »*.

L'article 3, alinéa 1^{er}, du projet de loi relatif à l'aide juridique, enregistré le 5 avril 1991, avait repris ces dispositions en y ajoutant les ressortissants de la Communauté européenne.

La condition de régularité du séjour a été ajoutée par voie d'amendement¹.

À l'occasion des débats devant le Sénat, M. René-Georges Laurin, Sénateur, a déclaré : *« Le texte que nous propose le Gouvernement est tout à fait inquiétant. Personne ne peut nier - je le répète après d'autres - que ce nouvel accès à l'aide juridictionnelle s'adressera au premier chef aux immigrés, qui sont les plus*

¹ Amendement n°6 proposé par M. Luc Dejoie, rapporteur de la commission des lois devant le Sénat (projet de loi adopté le 30 mai 1991, n°119)

pauvres. Ces derniers ont, certes, droit à la justice de notre pays, qui a toujours donné l'exemple des droits de l'homme - nous n'avons, sur ce point, aucune leçon à recevoir - mais il ne faudrait pas que ce nouveau droit favorise l'immigration clandestine, preuve de la négation du droit et de la non-application de la loi »².

L'amendement a été adopté en dépit d'un avis défavorable, longuement motivé, du Gouvernement. Celui-ci avait mis en avant plusieurs raisons :

« Première raison : la disposition ainsi proposée est plus restrictive que la loi du 3 janvier 1972. Or le projet de loi n'a pas entendu la remettre en cause sur ce point.

Deuxième raison : une remise en cause serait d'autant plus critiquable que, en matière d'accès à la justice, la condition de résidence régulière n'est pas retenue par le droit international. J'invoque à l'appui de mon raisonnement la convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice. Notre pays l'a ratifiée en 1988.

Or, ainsi que l'indique le rapport Bouchet, cette convention, compte tenu des réserves dont sa ratification est assortie, vaut engagement à assurer le bénéfice d'une aide judiciaire non seulement aux nationaux, mais aussi aux étrangers ayant leur résidence habituelle en France et, sous réserve de réciprocité, à ceux qui ont eu leur résidence dans notre pays.

L'accord européen de 1977 sur la transmission des demandes d'aide judiciaire retient également la notion de résidence habituelle pour déterminer les bénéficiaires du système de transmission.

Troisième raison : je ne peux qu'insister sur le fait que l'aide juridictionnelle concerne un droit fondamental, celui d'accéder aux tribunaux, puisque, dans certains cas, l'octroi de l'aide est la seule manière de permettre à une personne dépourvue de ressources de saisir le juge habilité à reconnaître et à proclamer ses droits. [...]

On ne cherche pas à venir en France parce que l'accès à la justice y serait assuré pour les plus pauvres ! Cet accès n'est pas un facteur d'appel à l'immigration ! Je réponds ainsi aux inquiétudes qu'a exprimées M. Laurin.

D'ailleurs, notre propre législation assimile l'étranger en situation irrégulière à un travailleur régulier pour tout ce qui concerne les obligations de l'employeur à son égard : respect de la réglementation du travail, ancienneté et salaire, indemnités de licenciement. En bien d'autres domaines, l'étranger en situation irrégulière peut éprouver un impérieux besoin de justice, je pense, en particulier, au droit de la famille.

Telles sont les raisons, que je considère fortes, pour lesquelles le Gouvernement ne peut donner un avis favorable sur l'amendement de la commission des lois. »³

Le sénateur Charles Lederman avait ajouté :

« Cela dit, sur le fond, je rejoins l'argumentation de M. le garde des sceaux. Mais j'y ajoute que, si l'accès au droit peut engendrer des procès, il est bien

² Compte-rendu intégral (26^e séance), 29 mai 1991, p. 1143.

³ M. Henri Nallet, Garde des Sceaux, Compte-rendu intégral (26^e séance), 29 mai 1991, pp. 1148-1149.

évident que ces derniers doivent être équitables, en application de l'article 6 d'une convention européenne portant sur la défense des droits, à laquelle tout le monde a souscrit, au moins en apparence.

Or, on ne peut pas parler de procès équitable s'il n'y a pas d'assistance auprès de celui qui intente ou subit un procès parce qu'il y a l'accès au droit non seulement pour demander de faire valoir un droit, mais aussi pour pouvoir être défendu.

*Dans ces conditions, il m'apparaît que non seulement cet amendement est humainement inacceptable, mais qu'il est **anticonstitutionnel** »⁴.*

Supprimée en seconde lecture par l'Assemblée nationale (projet de loi adopté le 11 juin 1991, n°374), la condition de régularité a été réintroduite par le Sénat en seconde lecture⁵ (projet de loi adopté le 26 juin 1991, n°135).

Les mêmes dispositions ont ensuite été reprises par la Commission mixte paritaire (voir le rapport n°422 de MM. Luc Dejoie, sénateur et François Colcombet, député, déposé le 26 juin 1991 ; projet de loi adopté le 28 juin 1991, n°144).

L'alinéa 2 de l'article 3 est demeuré inchangé depuis lors : « *Les personnes de nationalité étrangère résidant habituellement et régulièrement en France sont également admises au bénéfice de l'aide juridictionnelle.* ».

II- Sur le contenu des dispositions contestées

L'article 3 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, dans sa version résultant de la loi n°2016-274 du 7 mars 2016, applicable au litige, dispose :

« Sont admises au bénéfice de l'aide juridictionnelle les personnes physiques de nationalité française et les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne.

Les personnes de nationalité étrangère résidant habituellement et régulièrement en France sont également admises au bénéfice de l'aide juridictionnelle.

⁴ M. Charles Lederman, Sénateur, Compte-rendu intégral (26^e séance), 29 mai 1991, p. 1149 ; ce sénateur ajoutera en deuxième lecture du texte : « *il y a, à l'heure actuelle - et il en ira ainsi tous les jours - un certain nombre de procédures engagées, ne serait-ce qu'au conseil de prud'hommes, par des étrangers en situation irrégulière travaillant sur le territoire français ; à cet égard, les employeurs ont des responsabilités, non seulement parce qu'ils incitent des milliers de clandestins à venir travailler en France, mais aussi parce qu'ils les emploient dans les conditions que nous savons. Au conseil de prud'hommes, on admet maintenant qu'il existe, bien que l'étranger soit en situation irrégulière, un lien de subordination entre l'employeur et le salarié. L'employeur aurait donc la possibilité, à bien des titres, de se défendre, et le salarié n'aurait pas la possibilité de le faire, parce que, par avance, on lui aurait refusé l'aide juridique.* » (Compte-rendu intégral (44^e séance), 26 juin 1999, p. 2114).

⁵ Amendement n°2 déposé par M. Luc Dejoie, qui ajoute : « Je précise que la convention de La Haye, qui nous a été opposée en première lecture, ne me semble pas applicable, puisqu'elle n'exclut en aucune manière la possibilité de prévoir la résidence régulière. » (Compte-rendu intégral (44^e séance), 26 juin 1999, p. 2113).

Toutefois, l'aide juridictionnelle peut être accordée à titre exceptionnel aux personnes ne remplissant pas les conditions fixées à l'alinéa précédent, lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès.

L'aide juridictionnelle est accordée sans condition de résidence aux étrangers lorsqu'ils sont mineurs, témoins assistés, mis en examen, prévenus, accusés, condamnés ou parties civiles, lorsqu'ils bénéficient d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil ou lorsqu'ils font l'objet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, ainsi qu'aux personnes faisant l'objet de l'une des procédures prévues aux articles L. 222-1 à L. 222-6, L. 312-2, L. 511-1, L. 511-3-1, L. 511-3-2, L. 512-1 à L. 512-4, L. 522-1, L. 522-2, L. 552-1 à L. 552-10 et L. 742-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ou lorsqu'il est fait appel des décisions mentionnées aux articles L. 512-1 à L. 512-4 du même code.

Devant la Cour nationale du droit d'asile, elle est accordée aux étrangers qui résident habituellement en France. »

Ainsi, le principe est que les étrangers en situation irrégulière au regard du droit au séjour, **qu'ils soient demandeurs ou défendeurs au litige**, ne sont pas admis au bénéfice de l'aide juridictionnelle,

Des exceptions sont prévues :

- « à titre exceptionnel [...] lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès » ;
- mineurs ;
- témoins assistés, mis en examen, prévenus, accusés, condamnés ou parties civiles ou faisant l'objet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité :
 - bénéficiant d'une ordonnance de protection en vertu de l'article 515-9 du code civil ;
 - faisant l'objet de l'une des procédures du CESEDA : maintien en zone d'attente (L. 222-1 à L. 222-6), convocation devant la commission du titre de séjour (L. 312-2), sous obligation de quitter le territoire français (OQTF) (L. 511-1, L. 511-3-1, L. 512-1 à L. 512-4), interdiction de retour sur le territoire français (IRTF) (L. 511-3-2), sous mesure d'expulsion (L. 522-1, L. 522-2), maintien en rétention (L. 552-1 à L. 552-10), sous décision de transfert vers un autre Etat membre responsable de l'examen de sa demande d'asile – procédure Dublin (L. 742-4) ;
 - devant la CNDA.

Les QPC portent sur les termes « et régulièrement » de l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, dans sa rédaction issue de la loi n°2026-274 du 7 mars 2016.

III- Sur le caractère inconstitutionnel des dispositions contestées

Le Conseil rappelle que « *si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* »⁶.

En l'espèce, il sera démontré l'inconstitutionnalité de ces dispositions, tant au regard du principe d'égalité devant la loi (A), que du principe d'égalité devant la justice (B), du droit à un recours juridictionnel effectif (C) et du droit à un procès équitable (D).

A/ Au regard du principe d'égalité devant la loi

1.

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, « *La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

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'établit⁷.

Le Conseil constitutionnel retient que les étrangers sont placés dans une situation différente de celle des nationaux en ce qui concerne l'accès et le séjour sur le territoire national. En particulier, « *[a]ucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. Les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques* »⁸.

Ainsi, un régime largement dérogatoire est-il institué à leur encontre, en lien direct avec la régularité de leur séjour en France, aussi bien pour sa détermination⁹ que sa vérification¹⁰ ou le dessein d'assurer l'effectivité de mesures d'éloignement¹¹,

⁶ Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, cons. 60.

⁷ Décision n°2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, cons. 19.

⁸ Décision n°2023-863 DC du 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, cons. 113.

⁹ Sur l'encadrement de la carte de résident, voir décision 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. 25.

¹⁰ Décision 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. 14 et 15 ; décision n°2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et autre*, paragr. 32 à 37 ; décision n° 2022-1025 QPC du 25 novembre 2022, *Mme Anrifati A.*, cons. 14.

¹¹ Décision n°89-266 DC du 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 8 ; décision n°97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 11

sous réserve de l'organisation d'une procédure spécifique leur permettant de contester devant la juridiction administrative la légalité de ces mesures¹². Les différentes lois en cause sont analysées à l'aune de « *l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle* »¹³.

Le Conseil s'est prononcé à chacune de ces reprises sur des législations de police administrative, dont l'objet était relatif à l'entrée, au séjour ou à l'éloignement des personnes étrangères en situation irrégulière en France.

La différence de traitement qui en résultait était donc en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établissait.

Aux côtés des mesures de police administrative, le Conseil a admis que les restrictions d'accès à des prestations de sécurité sociale sont conformes à la Constitution. Il a validé des dispositions législatives subordonnant à la régularité du séjour l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale, l'attribution d'avantages d'invalidité et de vieillesse ainsi que le droit aux prestations d'assurance maladie, maternité et décès. Le Conseil a considéré que « *les étrangers qui résident et travaillent régulièrement sur le territoire français et ceux qui ne satisfont pas aux mêmes conditions de régularité ne sont pas dans la même situation au regard de l'objet de la loi ; qu'au regard de cet objet, les nationaux et les étrangers sont également placés dans des situations différentes* »¹⁴.

Le Conseil a mis l'accent sur le fait que les prestations et avantages servis par les régimes obligatoires de sécurité sociale, qui résultent de l'affiliation à ces régimes, sont ouverts à raison des versements à caractère obligatoire des employeurs comme des assurés, par les cotisations¹⁵. Il en a déduit qu'« *en édictant des conditions de régularité du séjour et du travail, le législateur a pu, sans méconnaître aucun principe de valeur constitutionnelle, en tirer les conséquences qu'il a déterminées au regard des droits à prestations d'assurance-maladie, maternité et décès et au regard de la liquidation en France d'un avantage d'invalidité et de vieillesse* »¹⁶.

Il s'en déduit que les restrictions à l'égard d'étrangers en situation irrégulière ont été justifiées ici par le fait que cette situation administrative les empêche (légalement) de travailler et donc de cotiser, pour pouvoir bénéficier ensuite de ces prestations de sécurité sociale.

Or il n'existe aucun lien entre la question de la régularité du séjour et l'accès à la justice, lequel ne saurait donc être entravé par la situation irrégulière de l'étranger.

¹² Décision n°89-266 DC du 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 7 ; sur les spécificités parfois de cette procédure, voir sur la Cour nationale du droit d'asile la décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 93 et 94.

¹³ Par exemple décision n° 2022-1025 QPC du 25 novembre 2022, *Mme Anrifati A.*, cons. 12.

¹⁴ Décision 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. 118.

¹⁵ *Ibid.*, cons. 119.

¹⁶ *Ibid.*, cons. 120.

Par ailleurs le Conseil a admis des différences de traitement entre personnes étrangères en situation régulière.

Il a considéré comme conforme à la Constitution l'exigence d'une durée minimale de présence pour l'accès au revenu de solidarité active¹⁷ aux motifs que, dès lors que l'objet de cette prestation est d'inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle, le législateur pouvait estimer que la stabilité de la présence sur le territoire national était l'une des conditions essentielles à l'insertion professionnelle¹⁸.

Le Conseil a également admis la condition d'une durée minimale de présence pour l'accès à une activité privée de sécurité¹⁹. Il a considéré que celle-ci est justifiée aux motifs que le législateur met ainsi l'administration en mesure de s'assurer, par l'examen de leur comportement sur le territoire français durant une période suffisante, que les ressortissants d'un Etat tiers à l'Union européenne respectent les conditions de probité et de moralité exigées pour l'exercice de cette activité²⁰.

De même, le Conseil a admis des différences de traitement entre personnes étrangères en situation irrégulière.

Il a déclaré conformes à la Constitution les dispositions permettant d'écarter du bénéfice de l'aide médicale de l'Etat les étrangers qui sont présents en France depuis moins de trois mois. Eu égard à l'objet de la loi, qui est d'éviter que l'aide médicale de l'Etat ne prenne intégralement en charge pendant un an les dépenses de soins engagées au bénéfice de ces personnes, le Conseil a considéré que le législateur n'avait pas méconnu le principe d'égalité²¹.

Dans l'ensemble de ces domaines, le Conseil a analysé et reconnu conformes à la Constitution des différences de traitement **en rapport direct avec l'objet de la loi qui les établissait**.

Méritent enfin d'être mentionnées les décisions par lesquelles le Conseil a au contraire censuré des dispositions relatives à des allocations versées à des anciens harkis²² et à l'indemnisation de victimes de dommages physiques subis durant la guerre d'Algérie²³ au bénéfice de ressortissants français uniquement. Le Conseil a considéré que la différence de traitement selon la nationalité qui en résultait n'était pas justifiée **au regard de l'objet de la loi**.

2.

Les dispositions ici contestées instaurent incontestablement une différence de traitement entre les justiciables. Cette différence de traitement s'opère entre les

¹⁷ Décision n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, *M. Zeljko S.*, cons. 5

¹⁸ *Ibid.*, cons. 5.

¹⁹ Décision n° 2021-817 DC du 20 mai 2021, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*, paragr. 44 à 46

²⁰ *Ibid.*, cons. 45

²¹ Décision n° 2003-488 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, cons. 18 à 20.

²² Décision n° 2010-93 QPC du 4 février 2011, *Comité Harkis et Vérité*, cons. 10

²³ Décision n° 2017-690 QPC du 8 février 2018, *M. Abdelkader K.*, paragr. 6.

étrangers en situation irrégulière et les autres justiciables, qu'ils soient français ou étrangers en situation régulière.

L'objet de la loi de 1991, conformément à son article 2, est d'accorder une aide totale ou partielle aux « *personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice* ».

Comme l'exposait le Garde des Sceaux devant le Sénat en présentant les orientations fondamentales de la réforme proposée, « *[c]'est en premier lieu et avant tout l'amélioration des conditions d'accès aux tribunaux des justiciables les moins favorisés. Ne l'oublions à aucun moment, ce projet de loi est d'abord élaboré en faveur des justiciables. Ils sont et doivent demeurer le pivot, la ligne directrice, l'inspiration principale de ce texte. Le reste, important qu'il soit, ne fait que découler de ce principe premier* »²⁴.

Cet objet justifiait que le gouvernement, porteur du projet de loi, se soit, on l'a vu, opposé à l'amendement conditionnant le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la régularité du séjour.

Ainsi, que la différence de traitement soit opérée en considération d'une différence de situations ou qu'elle le soit pour une raison d'intérêt général – dont on peine ici à discerner laquelle pourrait s'opposer à ce que des étrangers, quand bien même ils sont en situation irrégulière au regard du séjour, aient accès à la justice – l'objet de la loi ne permet pas, en tout état de cause, de la justifier.

B/ Au regard du principe d'égalité devant la justice

1.

La jurisprudence sur l'égalité devant la justice, reconnue et protégée de longue date²⁵, est fondée sur la combinaison de deux exigences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel examine ensemble la question de l'égalité devant la loi, fondée sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et la question de la garantie des droits de la défense, qui repose sur son article 16.

Il affirme que « *si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense* »²⁶.

²⁴ Présentation générale du texte par M. Henri Nallet, Garde des Sceaux, devant le Sénat – compte-rendu intégral (26^e séance), 29 mai 1991, p. 1130.

²⁵ Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, cons. 4

²⁶ Décision n° 2011-112 QPC du 1^{er} avril 2011, *Mme Marielle D.*, cons. 3 ; décision n° 2019-804 QPC du 27 septembre 2019, *Association française des entreprises privées*, paragr. 4 ; décision n° 2019-831 QPC du 12 mars 2020, *M. Pierre V.*, paragr. 4.

La jurisprudence relative au principe d'égalité devant la justice a un double objet.

D'une part, elle fonde le contrôle par le Conseil du droit des justiciables, dans une situation identique, à être jugés devant les mêmes formations de jugement ou selon les mêmes garanties de procédure et à ne pas voir celles-ci varier en fonction de critères qui ne seraient pas objectifs et rationnels. Il en va ainsi de l'examen des dispositions confiant tel contentieux au juge unique²⁷, à un juge particulier (tel le juge de proximité)²⁸, à une juridiction spécialisée (telle la commission arbitrale des journalistes)²⁹ ou à une juridiction disciplinaire différemment composée à Paris³⁰.

D'autre part, cette jurisprudence protège l'égalité entre les parties à une même procédure. C'est « *l'équilibre des droits des parties* » dans la procédure. Le Conseil examine les différences dans les droits reconnus à chaque partie. Il en va ainsi notamment en procédure pénale s'agissant des différences entre le parquet, le prévenu et la partie civile, pour ce qui concerne l'exercice du droit au recours³¹ ou les frais irrépétibles³².

Il en va également ainsi dans une procédure civile lorsqu'une disposition confère un avantage à une partie. Ainsi, le Conseil a censuré un régime de suspension de poursuites à l'égard de français rapatriés qui faisait supporter à leurs seuls créanciers une contrainte fondée sur la solidarité nationale³³.

Le Conseil constitutionnel s'assure que toute différence de traitement établie par le législateur repose sur des critères objectifs et rationnels, poursuit un but d'intérêt général et est en rapport direct avec l'objet de la loi³⁴.

Si la différence de traitement est justifiée, encore faut-il qu'elle assure aux justiciables des garanties égales. Comme le rappelle le Conseil dans le commentaire officiel de sa décision n°2019-831, il « *peut censurer des dispositions au seul motif qu'elles établissent une distinction injustifiée ou au seul motif qu'elles aboutissent à des garanties qui ne sont pas égales pour les justiciables* »³⁵.

Ainsi dans le contentieux prud'homal devant les juridictions du fond, c'est au regard des garanties offertes aux justiciables que le Conseil a considéré que « *sont assurées aux parties, qu'elles soient représentées par un avocat ou par un défenseur*

²⁷ Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, cons. 10

²⁸ Décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, Loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, cons. 22

²⁹ Décision n° 2012-243/244/245/246 QPC du 14 mai 2012, *Société Yonne Républicaine et autre*, cons. 6 et 10.

³⁰ Décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011, *Mme Marie-Claude A.*, cons. 3.

³¹ Décision n° 2010-81 QPC du 17 décembre 2010, *M. Boubakar B.*, cons. 4 ; décision n° 2011-153 QPC du 13 juillet 2011, *M. Samir A.*, cons. 3 et décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*, cons. 4.

³² Décision n° 2011-112 QPC du 1er avril 2011, *Mme Marielle D.*, cons. 3 ; décision n° 2011-190 QPC du 21 octobre 2011, *M. Bruno L. et autre*, cons. 4.

³³ Décision n° 2011-213 QPC du 27 janvier 2012, *COFACE*, cons. 3.

³⁴ Voir par exemple la décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011, *Mme Marie-Claude A.*, cons. 4

³⁵ Commentaire de la décision n° 2019-831 QPC du 12 mars 2020, *M. Pierre V.*, p. 8.

syndical, des garanties équivalentes quant au respect des droits de la défense et de l'équilibre des droits des parties »³⁶.

2.

L'étranger qui réside habituellement en France, sans être titulaire d'un titre de séjour, peut néanmoins acquérir un certain nombre de droits, pour certains dotés de valeur constitutionnelle.

En particulier, le Conseil a affirmé que « *le respect de la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé* »³⁷. Cette liberté de se marier, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue, doit s'accompagner d'une liberté de se désunir.

Or, la représentation par avocat est obligatoire devant le juge aux affaires familiales en matière de divorce³⁸. S'il est vrai que le divorce par consentement mutuel s'opère désormais de façon extrajudiciaire, d'une part toutes les autres voies pour divorcer sont judiciaires (divorce pour faute, divorce pour altération définitive du lien conjugal, divorce accepté) ; d'autre part, le divorce par consentement mutuel nécessite d'être assisté par un avocat³⁹ et si le couple a un enfant, ce dernier peut demander son audition par le juge⁴⁰.

Par ailleurs, le code de procédure civile pose en principe que « *[l]es parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat devant le tribunal judiciaire* » (article 760). Par exception, elles en sont dispensées notamment lorsque la demande porte sur un montant inférieur ou égal à 10 000 euros, à l'exclusion des matières relevant de la compétence exclusive du tribunal judiciaire.

Or, bien que dépourvus de titre de séjour, des étrangers résidant habituellement en France peuvent acquérir des biens, conclure des contrats, être victimes d'accidents de la circulation, etc. L'ensemble de ces actes ou situations fait naître des droits protégés par la Déclaration de 1789 et sauvegardés à ce titre par le Conseil constitutionnel, qu'il s'agisse du droit de propriété (article 2), de la liberté contractuelle ou du principe de responsabilité ou de réparation (article 4).

Enfin, la loi accorde un certain nombre de droits spécifiques aux salariés qui ne disposent pas d'un titre de séjour.

³⁶ Décision n° 2017-623 QPC du 7 avril 2017, *Conseil national des barreaux*, paragr. 23 ; v. aussi Décision n° 2019-831 QPC du 12 mars 2020, *M. Pierre V.*

³⁷ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, cons. 94

³⁸ Article 1106 du Code de procédure civile.

³⁹ Article 229-1 du Code civil ; l'article 10 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 prévoit l'accès à l'aide juridictionnelle dans le cadre de cette procédure.

⁴⁰ Article 229-2 du Code civil.

Les articles L. 8251-1 et L. 8252-1 du code du travail disposent que « *le salarié étranger [non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France] employé [...] est assimilé, à compter de la date de son embauche, à un salarié régulièrement engagé au regard des obligations de l'employeur définies par le présent code [...]* » pour l'application des dispositions relatives aux périodes d'interdiction d'emploi prénatal et postnatal et à l'allaitement, à la durée du travail, au repos et aux congés à la santé et la sécurité au travail et pour la prise en compte de l'ancienneté dans l'entreprise.

L'article L. 8252-2 du même code prévoit que le salarié étranger a droit, au titre de la période d'emploi illicite, au paiement de diverses sommes (salaire et accessoires, indemnité forfaitaire en cas de rupture de la relation de travail, frais d'envoi des rémunérations impayées) et précise, notamment, que « *le conseil de prud'hommes saisi peut ordonner par provision le versement de l'indemnité forfaitaire prévue au 2°* » et que « *ces dispositions ne font pas obstacle au droit du salarié de demander en justice une indemnisation supplémentaire s'il est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé au titre de ces dispositions* ».

En application de l'article L. 8252-4 du code du travail, les sommes dues à l'étranger lui sont versées par l'employeur dans un délai de trente jours à compter de la constatation de l'infraction ou, lorsque l'étranger est placé en rétention administrative ou assigné à résidence ou lorsqu'il n'est plus sur le territoire national, ces sommes sont déposées sous le même délai auprès d'un organisme désigné à cet effet, puis reversées à l'étranger.

La loi reconnaît ainsi aux salariés étrangers en situation irrégulière un certain nombre de droits, dont l'effectivité doit être assurée par le juge.

Les dispositions contestées privent d'accès à l'aide juridictionnelle les justiciables qui ne sont pas munis d'un titre de séjour, alors même qu'ils remplissent les conditions légales d'accès à des droits dont ils peuvent demander la sauvegarde en justice.

Ce faisant, le législateur a institué une différence de traitement entre les justiciables, non fondée sur des critères objectifs et rationnels au regard de ces droits.

Par ailleurs, en privant ces justiciables de l'accès à l'aide juridictionnelle, le législateur ne leur assure pas des garanties égales quant au respect des droits de la défense et de l'équilibre des droits des parties.

Ce constat s'opère tant vis-à-vis d'autres justiciables placés dans la même situation que vis-à-vis de parties adverses françaises ou en situation régulière en France.

Vainement serait-il opposé la faculté d'être assisté et représenté par un défenseur syndical. Celle-ci ne concerne que le contentieux prud'homal devant les juridictions du fond. Sont donc exclus, y compris dans cette matière, les recours en cassation. En outre même devant les juridictions du fond, les justiciables concernés se voient privés de la faculté de bénéficier du concours des auxiliaires de justice,

notamment les commissaires de justice, concours que les règles de procédure imposent pourtant.

Vainement encore serait-il opposé les exceptions permettant aux étrangers ne remplissant pas les conditions fixées de bénéficier de l'aide juridictionnelle dans certains cas.

Concernant l'exception au profit des étrangers mineurs, celle-ci repose sur la valeur constitutionnelle reconnue à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui « *impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge* »⁴¹.

Les autres exceptions sont encadrées, concernant exclusivement la matière pénale ou des procédures spécifiques aux étrangers dépourvus de titre de séjour, ainsi que les étrangers bénéficiant d'une ordonnance de protection.

Ne reste qu'une exception, vague, fondée sur la « *situation particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès* », laissant la porte ouverte à une appréciation discrétionnaire du bureau d'aide juridictionnelle.

En aucun cas cette exception ne pourra être assimilée à une garantie égale à celle d'autres justiciables placés dans la même situation au regard des droits qui doivent être sauvegardés en justice.

C/ Au regard du droit à un recours juridictionnel effectif

1.

Selon l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Est ainsi garanti par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif.

Le Conseil s'assure que le législateur ne porte pas d'atteinte substantielle à ce droit⁴².

Il s'en assure au regard de la faculté d'accès à l'aide juridictionnelle.

Ainsi, si le Conseil constitutionnel a retenu l'absence d'atteinte au droit au recours effectif dans le cadre d'une procédure devant la Cour nationale du droit d'asile, c'est en relevant qu'est assurée, par le bénéfice de l'aide juridictionnelle lors d'une première demande ou lors du réexamen de sa demande d'asile, « *la garantie qu'e*

⁴¹ Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.*, paragr. 6

⁴² Voir par exemple décision n° 2011-138 QPC du 17 juin 2011, *Association Vivraviry*, cons. 7.

l'étranger] sera entendu une fois par la Cour nationale du droit d'asile avec l'assistance d'un avocat »⁴³.

Dans une autre affaire, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la procédure d'élection de domicile (droit à domiciliation), dont étaient exclues les personnes en situation irrégulière, en vertu de l'article L. 264-2, al. 2 du code de l'action sociale et des familles. Il a relevé que ces dispositions n'avaient « *ni pour objet ni pour effet de déroger aux dispositions législatives spécifiques* » (cons. 5) en citant expressément la procédure selon laquelle une personne sans domicile stable pouvait déposer un dossier au bureau d'aide juridictionnelle. Il a en conséquence écarté le grief tiré de ce que les dispositions contestées priveraient les étrangers en situation irrégulière sans domicile stable, écartés de ce droit à domiciliation, du droit de déposer une demande tendant à obtenir l'aide juridictionnelle⁴⁴.

Le Conseil s'en assure également au regard du coût de l'accès à la justice.

S'il a considéré comme conforme à la Constitution l'instauration d'une contribution pour l'aide juridique de 35 euros perçue par instance, c'était après avoir relevé que le législateur avait défini des exemptions, notamment en faveur des personnes qui bénéficient de l'aide juridictionnelle⁴⁵.

Et le Conseil a relevé que des dispositions qui excluent les droits de plaidoirie du champ de l'aide juridictionnelle ne méconnaissent pas, « *eu égard à leur faible montant* », le droit au recours effectif devant une juridiction⁴⁶.

2.

Les dispositions contestées, en privant les justiciables dépourvus de titre de séjour de l'accès à l'aide juridictionnelle, portent une atteinte substantielle à leur droit à un recours effectif.

Lorsqu'ils se trouvent dans l'impossibilité de rémunérer un avocat ainsi que les auxiliaires de justice, ces justiciables se voient d'une manière générale fermer l'accès à l'ensemble du contentieux avec représentation obligatoire, tant en demande qu'en défense. Et, dans le contentieux prud'homal, ils se voient également fermer l'accès à la juridiction de cassation et aux auxiliaires de justice (voir *supra* p.13).

D/ Au regard du droit à un procès équitable

1.

⁴³ Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, cons. 88.

⁴⁴ Décision n° 2013-347 QPC du 11 octobre 2013, *M. Karamoko F.*, cons. 6.

⁴⁵ Décision n° 2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, *M. Stéphane C. et autres*, cons. 7.

⁴⁶ Décision n° 2011-198 QPC du 25 novembre 2011, *M. Albin R.*, cons. 4.

Le Conseil constitutionnel a consacré de façon autonome le droit à un procès équitable, qui découle également de l'article 16 de la Déclaration de 1789⁴⁷.

Bien avant cette consécration autonome, le Conseil a accordé une importance particulière aux droits de la défense, composante essentielle du droit à un procès équitable⁴⁸.

Ainsi a-t-il censuré à ce titre des dispositions qui ne prévoyaient pas le sursis à l'exécution d'une décision du conseil de la concurrence, à l'encontre de laquelle était formé un recours⁴⁹.

2.

Au-delà de l'accès effectif au juge, les dispositions contestées portent une atteinte substantielle aux droits de la défense des justiciables démunis dépourvus d'un titre de séjour.

En particulier si ces derniers sont attirés en justice, ils ne sont pas en mesure de constituer avocat, se voyant privés de l'accès à l'aide juridictionnelle.

Ils s'exposent dès lors à une décision défavorable rendue à leur encontre, sans avoir pu exposer leurs arguments en défense.

*

⁴⁷ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11 ; décision n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012, *Consorts B.*, cons. 5

⁴⁸ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 37.

⁴⁹ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 21 à 23.

PAR CES MOTIFS et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, les exposants concluent qu'il plaise au Conseil constitutionnel de :

- **DECLARER** contraires à la Constitution les mots « *et régulièrement* » figurant à l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, dans sa rédaction issue de la loi n° 2026-274 du 7 mars 2016.

Société à responsabilité limitée
G. THOUVENIN – O. COUDRAY – M. GRÉVY
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation