

CONTRIBUTION EXTÉRIEURE

(art. 13 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution)

auprès du

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

sur la saisine n°2023-863 DC relative à la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration adoptée le 19 décembre 2023.

Produite par

Universitaires : Marie-Laure Basilien-Gainche, Catherine Gauthier, Tania Racho, Serge Slama, Bérangère Taxil

Associations: Association nationale d'assistance aux frontières pour les personnes étrangères (Anafé), La Cimade, ELENA, France terre d'asile, Forum réfugiés COSI, Ligue des droits de l'Homme, Syndicat de la magistrature, Syndicat des avocats français

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil,

Le Parlement a adopté, en procédure accélérée, le soir du 19 décembre 2023, le projet de loi pour « contrôler l'immigration, améliorer l'intégration ». Le Conseil constitutionnel a été destinataire, en vertu de l'article 61 de la Constitution, de saisines émanant de plusieurs groupes et d'une saisine blanche du Président lui-même, afin de s'assurer de la constitutionnalité du texte avant sa promulgation. La présente contribution extérieure vise à démontrer l'inconstitutionnalité de certaines dispositions relatives à la rétention

I. Sur la menace à l'ordre public comme fondement de la rétention - article 40

Il convient de rappeler que le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) permet aujourd'hui de placer en rétention une personne qui n'apporte pas de garanties de représentation suffisantes, pour prévenir le risque de soustraction de cette personne à son éloignement. Après le délai de trente jours (48 heures, puis 28 jours), l'administration doit justifier sa demande de prolongation du maintien en rétention, selon les conditions prévues à l'article L.742-4 du CESEDA, parmi lesquelles l'« *urgence absolue* » ou la « *menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* ».

D'ores et déjà, dans ces conditions, est régulièrement constatée par nos organisations que l'administration et les juridictions disposent d'une large marge d'appréciation en défaveur des personnes étrangères. Les garanties de représentation suffisantes sont rarement réunies par celles-ci, même lorsqu'elles existent ; et le risque de soustraction prévaut dans nombre de situations. L'interprétation des conditions de prolongation de la rétention administrative laisse à la discrétion de l'administration le choix de placer en rétention une personne plutôt que de l'assigner à résidence. Alors que le placement en rétention devrait être utilisé en dernier recours selon la directive 2008/115/CE, il demeure le principe. La France est le pays de l'Union européenne plaçant le plus d'étrangers en rétention, et ce avec l'efficacité la plus faible.

L'article 40 de la loi qui vous est déférée modifie l'article L. 741-1 du CESEDA et prévoit ainsi d'inclure la menace pour l'ordre public comme fondement au placement en rétention

administrative, Il prévoit également la possibilité de prolonger la rétention après le délai de trente jours en cas de « menace pour l'ordre public », **en supprimant la nuance de « menace d'une particulière gravité pour l'ordre public »** (article L742-4 du CESEDA). Enfin, les dernières prolongations d'une durée de quinze jours seraient quant à elles possibles au regard d'une « urgence absolue ou de menace pour l'ordre public » (article L742-5 du CESEDA).

Une telle introduction de la simple menace pour l'ordre public comme fondement de la rétention représente une extension considérable de la marge d'appréciation de l'administration. En effet, il n'existe aucune définition de la menace pour l'ordre public qui est interprétée de manière très large.

En étendant le champ du recours à la rétention par le renvoi au fondement d'une menace à l'ordre public, la disposition déferée porte une atteinte singulière et grave aux libertés constitutionnelles, en particulier le droit à la sûreté et la liberté individuelle (article 66 de la Constitution).

L'article 40 de la loi déferée complète l'article L. 741-1 du CESEDA en prévoyant la possibilité pour les autorités publiques de placer en rétention administrative au motif « *la menace pour l'ordre public que l'étranger représente* ». Il étend en outre la possibilité de prolonger la rétention sur le fondement de la menace pour l'ordre public lors des audiences de troisième et quatrième prolongations. Une personne pourrait donc être retenue quatre-vingt-dix jours sur ce fondement.

Vous avez consacré le droit à la sûreté comme une liberté constitutionnellement garantie. Par ailleurs, vous avez rappelé dans une décision sur la sécurité intérieure (Cons. Constit., 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, cons. 7) qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde des droits et des principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent le droit à la sûreté, protégée par l'article 4 de la Déclaration, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution garantit en vertu duquel « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* ».

Considérant que les mesures de police administrative pourraient affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, le Conseil a estimé que de telles atteintes devaient être justifiées par la nécessité de sauvegarder l'ordre public ; cette atteinte doit de plus être adaptée et proportionnée afin d'opérer une juste conciliation (Cons. Constit., 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC, cons. 8 et 9). Cet impératif est rappelé fréquemment. Ainsi qu'il ressort notamment des décisions du Conseil constitutionnel des 21 février 2008 (Cons. Constit., 21 février 2008, décision n° 2008-562 DC) et 26 novembre 2010 (Cons. Constit., 26 novembre 2010, décision n° 2010-71 QPC), lorsque des exigences de valeur constitutionnelle justifient des atteintes à la liberté individuelle, ces atteintes doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis pour que la conciliation soit opérante. Il revient au législateur d'opérer une telle prise en considération.

Or, **la conciliation entre l'atteinte aux libertés constitutionnelles sur le fondement de la protection de l'ordre public doit être rigoureusement examinée au regard du but poursuivi**. La rétention administrative, entendue au sens de l'article L. 741-1 du CESEDA, ne visant pas l'objectif de protection de l'ordre public, mais tendant à l'exécution de décisions d'éloignement, **l'étude de la conciliation en question doit être particulièrement stricte**. Le Conseil a, à plusieurs reprises, examiné les atteintes aux libertés au regard du triptyque

adéquation, nécessité, proportionnalité (Cons. Constit., 21 février 2008, décision n° 2008-562 DC). Il s'agit en l'espèce d'opérer le même contrôle.

De jurisprudence constante, le Conseil a admis qu'un étranger puisse être placé, pendant le plus court délai possible, en rétention administrative à la condition, toutefois, de respecter la liberté individuelle, garantie par l'article 66 de la Constitution, qui « **ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; [...]** que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis » (Cons. Constit., 9 juin 2011, décision n° 2011-631 DC, cons. 66) réservant par ailleurs cette possibilité uniquement au regard de l'existence de perspectives raisonnables d'éloignement (Cons. Constit., 20 novembre 2003, décision n° 2003-484 DC, cons. 66).

Quant à l'exigence de nécessité de l'atteinte à la liberté individuelle

En tant que mesure de privation de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, le maintien en rétention doit être nécessaire. Cela doit s'entendre quant à l'efficacité de la mesure à l'aune de la mise en œuvre de la procédure d'éloignement. Les critères prévus actuellement par l'article L. 741-1 du CESEDA démontrent un lien direct entre la mesure de privation de liberté et le but poursuivi. Ainsi sont pris en compte « *les risques de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement* » et le fait « *qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision* ». **A contrario, l'ajout de la mention de « la menace pour l'ordre public » comme fondement à la mesure de rétention administrative comme le prévoit l'article 40 de la loi déferée n'emporte aucune nécessité quant au but poursuivi.** Si la prévention d'atteinte à l'ordre public est un objectif vers lequel il est loisible pour le législateur de tendre, il est manifeste que la rétention administrative a été créée dans un autre but : celui de mettre en œuvre une décision d'éloignement. Ce but de la rétention est transcrit et admis dans la jurisprudence du Conseil.

La menace pour l'ordre public prise à elle seule comme fondement de la rétention administrative ne peut être considérée comme une atteinte aux libertés constitutionnelles nécessaire au regard du but poursuivi. Cette exigence particulière doit être examinée avec d'autant plus de rigueur que le but poursuivi n'est pas corrélé à la recherche ou la punition d'infraction, mais dans un but de gestion des migrations.

Quant au caractère adapté de l'atteinte à la liberté individuelle

Le contrôle de la conciliation s'attache à vérifier l'adaptation de la mesure à l'objectif recherché par le législateur, autrement dit l'aptitude de la disposition à *atteindre le but poursuivi par le législateur*. Le but affirmé de la rétention administrative n'est pas de mettre à l'écart des personnes suspectées de représenter une menace pour l'ordre public. Cet enfermement ne répond pas au but poursuivi par la rétention entendue au sens de l'article L. 741-1 du CESEDA, ce qui le rend incompatible avec les principes constitutionnels.

De plus, le Conseil a pu juger que les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par une menace réelle pour l'ordre public, cette menace devant reposer sur des circonstances particulières caractérisant le risque de trouble à l'ordre public dans chaque espèce (Cons. Constit., décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, cons. 9). L'utilisation d'une notion que la jurisprudence peine à encadrer laisse une marge d'appréciation importante à l'administration. L'ajout de la notion de menace pour l'ordre public en tant que fondement de la rétention administrative engendre de

ce fait un facteur important d'arbitraire d'une part du fait de l'absence d'encadrement, notamment au regard du nécessaire examen de proportionnalité de la mesure de privation de liberté et du but poursuivi, et d'autre part du fait de la marge d'appréciation trop importante laissée aux autorités. De surcroît, les nouvelles dispositions banalisent les restrictions à la liberté individuelle par l'interchangeabilité de l'assignation à résidence et de la rétention administrative. **L'atteinte à la liberté individuelle protégée par l'article 66 de la Constitution telle qu'elle découlerait de l'article 40 de la loi n'apparaît pas adaptée.**

Afin que l'atteinte aux libertés constitutionnelles que la rétention administrative engendre puisse être jugée adaptée, il est nécessaire que le législateur vienne à garantir la gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision d'éloignement, « *gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé (...) à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes* » (dans ce sens CJUE, 28 avril 2011, n° C-61/11, *El Dridi*, § 41). Or, en prévoyant la possibilité pour l'administration de motiver la privation de liberté sur le fondement de la menace pour l'ordre public, le législateur ne garantit pas cette gradation, ni l'adaptation de l'atteinte aux libertés constitutionnelles au but poursuivi.

Quant à la proportionnalité de l'atteinte à la liberté individuelle

Il convient en outre que soit examinée la proportionnalité de la mesure induite par l'article 40, c'est-à-dire l'adjonction de la menace pour l'ordre public tant au regard du critère de placement en rétention (1°) que de la possibilité de prolongation de la privation de liberté jusqu'à quatre-vingt-dix jours (3°, a). Or, il apparaît que la mesure représente un caractère excessif.

L'examen de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté individuelle justifiée par la protection de l'ordre public doit être particulièrement rigoureuse notamment au regard de la durée de la privation de liberté possible. L'article 40 de la loi déferée prévoit ainsi la possibilité pour l'administration de demander la prolongation jusqu'à l'expiration de la durée maximale de quatre-vingt-dix jours. En cela, **l'atteinte portée aux principes constitutionnels n'est pas proportionnée au but recherché, a fortiori à l'aune de la *ratione legi* de la rétention administrative qui ne peut être la protection de l'ordre public mais bien seulement la mise à exécution d'une mesure d'éloignement.**

Eu égard aux développements précédents, il y a lieu de soutenir que l'article 40 de la loi déferée est inconstitutionnel.

II. Sur la rétention des mineurs à Mayotte - article 40 et 86 lus ensemble

L'article 27 du texte de loi déferée prévoit une application décalée de l'interdiction de rétention de mineurs accompagnés à Mayotte qui ne s'y appliquerait qu'à dater de 2027, dans l'objectif probable d'adopter une ordonnance permettant de prolonger la rétention des mineurs sur ce territoire d'Outre-mer.

Mayotte est le département français dans lequel le plus d'enfants, accompagnés ou non, sont retenus (de 2 500 à 3 000 par an contre moins de 300 en métropole). Cette pratique a valu la condamnation de la France en raison d'une demi-douzaine de violations de la Convention

européenne des droits de l'homme (CEDH, 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, n° 9347/14) sans que cela n'ait en rien changé les pratiques manifestement illégales de l'administration.

Cette rupture d'égalité ne trouve aucune justification dans le projet de loi, ni dans l'étude d'impact, ni dans le rapport de la commission des lois du Sénat, permettant de mettre à l'écart un territoire de l'interdiction de rétention de mineurs. Cette différence de traitement entre mineurs dans les différents départements français et dans le département de Mayotte se fait en violation de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, selon lequel la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* » (Cons. Constit., décision n° 89-266 DC du 9 janvier 1990).

L'objectif de la disposition générale est de mettre fin à la privation de liberté de mineurs (accompagnés de représentants légaux puisque les mineurs non accompagnés ne peuvent légalement faire l'objet d'une mesure d'éloignement même si c'est *de facto* le cas à Mayotte). La situation de minorité est la même qu'il s'agisse de mineurs à Mayotte ou sur les autres parties du territoire français. A Mayotte, comme l'a reconnu la Cour EDH, les mineurs non accompagnés sont même placés dans une situation de particulière vulnérabilité. **La pression migratoire particulière à Mayotte** (Cons. Constit., n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, cons. 43), qui s'explique par le fait que Mayotte est une des îles de l'Océan Indien appartenant à la même entité géographique de l'archipel des Comores, **ne permet pas à elle seule de justifier une telle rupture d'égalité entre deux enfants privés de liberté.**

La Défenseure des droits s'est inquiétée, notamment dans une décision d'octobre 2022, de la pratique de rattachement de mineurs « *à des tiers qui leur sont inconnus, ou qui n'exercent pas l'autorité parentale à leur égard* », signifiant que les mineurs retenus à Mayotte sont parfois non accompagnés (DDD, déc. 2022-206 du 14 octobre 2022). Pour cette autorité indépendante, la rétention des mineurs, « *quel que soit leur âge, en centres ou locaux de rétention administrative ainsi qu'en zone d'attente est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, à la prohibition des traitements inhumains ou dégradants et des privations arbitraires de liberté ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et familiale* » (avis n° 23-02 du 23 février 2023 relatif au projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration).

En pratique, la rétention des mineurs est « 40 fois supérieure » à Mayotte que dans l'Hexagone¹, plus de la moitié ayant moins de 6 ans. Quel que soit l'âge des mineurs, **cette privation de liberté dans des conditions humainement très dures viole également le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine découlant du Préambule de la Constitution de 1946** (Cons. Constit., décision n° 2023-853 DC du 26 juillet 2023, cons. 23), les mineurs étant des personnes particulièrement vulnérables nécessitant une protection supplémentaire. En outre, **le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant est une exigence constitutionnelle, qui découle des articles 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946.**

Il apparaît donc que le report de l'interdiction de la rétention des mineurs pour le département de Mayotte est inconstitutionnel.

¹ voir le reportage <https://la1ere.francetvinfo.fr/l-unicef-denonce-l-enfermement-de-milliers-d-enfants-au-centre-de-retention-de-mayotte-1444193.html>

III. Sur la généralisation de la rétention des demandeurs d'asile - article 41

L'article 41 de la loi déferée adjoint un nouveau Chapitre III au Titre II du Livre V du CESEDA. Les alinéas 6 et 7 de cette disposition ajoute ainsi un article L. 523-1 à ce code, permettant l'assignation à résidence ou le placement en rétention par le préfet de deux types de demandeurs d'asile : d'une part, le « *demandeur d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public* » ; d'autre part, « *l'étranger en situation irrégulière qui présente une demande d'asile à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L.521-1* », « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile* ». Pour cette seconde catégorie de demandeurs qui auraient présenté leur demande devant une autre autorité, le placement en rétention ne peut être justifié que lorsqu'il existe un risque de fuite, qui peut être regardé comme établi dans les cinq cas précisés au nouvel article L. 532-2.

Ces dispositions sont clairement contraires à la Constitution.

En premier lieu, ces dispositions sont inscrites au Titre II du Livre V du CESEDA **relatif à l'enregistrement des demandes d'asile**, alors que les dispositions relatives à l'assignation à résidence ou au maintien en rétention de demandeurs d'asile sont l'objet d'un Titre V dans le Livre VII du même code. Alors que le Titre II du Livre V du CESEDA est consacré à l'enregistrement des demandes d'asile, **le texte de la loi déferée ne prévoit aucunement de le faire.**

En second lieu, le Conseil constitutionnel a dégagé du Préambule de la Constitution de 1946 le droit pour le demandeur d'asile de demeurer sur le territoire pendant tout l'examen de sa demande d'asile (Cons. Constit., n° 93-325 DC du 13 août 1993). Il ressort également des décisions n° 92-307 DC du 25 février 1992, n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 (cons. 54-60) et n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019 (cons. 9) que **le placement en rétention d'un demandeur d'asile doit avoir un caractère exceptionnel, et ne peut être justifié que par le caractère manifestement infondé et dilatoire de la demande d'asile.**

Sur la méconnaissance de la liberté individuelle (article 66 de la Constitution)

De jurisprudence constante, **vous admettez qu'un étranger puisse être placé en rétention à la condition, toutefois, de respecter de la liberté individuelle, garantie par l'article 66 de la Constitution** (Cons. Constit., décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 66).

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel concerne ainsi **exclusivement les étrangers pour lesquels l'éloignement demeure une perspective raisonnable**. L'essentiel des décisions concernent des étrangers qui font déjà l'objet d'une mesure d'éloignement (Cons. Constit., déc. n° 2003-484 DC, cons. 66). Il a été souligné à ce titre que la loi (article L. 741-3 du CESEDA) prévoit que « *L'étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ. L'administration exerce toute diligence à cet effet* ». Ce n'est que **sous cette réserve d'interprétation** que le conseil a validé les dispositions qui étaient déferées, dans la décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 (cons. 66).

Le Conseil constitutionnel a déclaré conforme la possibilité de placer en rétention l'étranger qui fait l'objet d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge adressée à l'État-membre responsable au sens du Règlement n°604/2013/UE du 26 juin 2013 dit règlement Dublin, car la rétention intervient à un stade où « l'autorité administrative **dispose d'indices**

sérieux que l'examen de la demande d'asile échoit à un autre État » (Cons. Constit., déc. n° 2018-762 DC du 15 mars 2018, cons. 12).

Or, l'article 41 de la loi déferée permet le placement en rétention, en dehors de toute perspective d'éloignement ou de transfert possible, dans la mesure où il s'agit d'une personne dont la demande d'asile est pendante puisqu'elle vient de la présenter. Le placement n'est alors motivé par aucune perspective d'éloignement mais par une menace à l'ordre public pour le premier cas, ou par la nécessité de déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande d'asile de l'étranger qui a présenté sa demande à une autre autorité et qui présente un risque de fuite pour le second cas.

De plus, le législateur n'a pas prévu que la rétention puisse se poursuivre uniquement pour une durée strictement nécessaire à l'objet du placement comme c'est le cas d'ordinaire. Les atteintes portées à la liberté individuelle par l'article 41 de la loi déferée ne sont donc ni adaptées, ni nécessaires, ni proportionnées : elles doivent être déclarées inconstitutionnelles.

Sur le motif d'ordre public pour l'assignation à résidence ou le placement en rétention (article 41 de la loi)

Il existe déjà deux régimes de rétention des demandeurs d'asile liés à des considérations d'ordre public : le Chapitre II du Titre V du Livre VII prévoit la possibilité de placer en rétention une personne qui présente une menace grave à l'ordre public après la décision de rejet de l'OFPPRA ; et le Chapitre III du même Titre prévoit quant à lui la possibilité de placer en rétention le demandeur d'asile dès la procédure de demande d'asile à l'OFPPRA.

En vertu de l'article L. 751-1 du CESEDA, « *L'autorité administrative peut assigner à résidence ou placer en rétention l'étranger demandeur d'asile qui fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français en application de l'article 131-30 du code pénal ou d'une interdiction administrative du territoire français pour le temps strictement nécessaire à l'examen* » par l'OFPPRA.

L'article L. 753-2 du même code prévoit cependant que le placement en rétention « *ne peut être édicté que pour des raisons impérieuses de protection de l'ordre public* ». Il ressort de l'économie générale de ces mesures que le placement en rétention d'une personne dont la demande d'asile est en cours d'instruction à l'OFPPRA, n'est possible que si elle fait l'objet de mesures d'éloignement spécifiques qui impliquent, pour ce qui est de l'expulsion (articles L. 631-1 et s. du CESEDA) ou de l'interdiction administrative du territoire (article L. 321-1 du CESEDA), *a minima*, une « menace grave à l'ordre public », ou une condamnation en raison d'une infraction pénale susceptible d'entraîner une peine d'interdiction du territoire français. De plus, la loi prévoit que l'administration doit établir « *des raisons impérieuses de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale* ».

Or, l'article 41 de la loi qui est déferée permet le placement des demandeurs d'asile avant même que l'OFPPRA ne se prononce, et sans qu'aucune mesure d'éloignement soit requise, soit pour une simple menace à l'ordre public, soit aux fins de déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande en cas de risque de fuite. Le placement en rétention de ces demandeurs d'asile est donc moins encadré que ceux qui font l'objet d'une mesure d'expulsion, d'une interdiction administrative du territoire ou d'une interdiction judiciaire du territoire français.

Ils se trouvent donc soumis à **un traitement plus défavorable et incohérent qui contrevient au principe d'égalité**. Par la même occasion, il peut être retenu **une atteinte manifestement disproportionnée au droit constitutionnel d'asile**. La conciliation des deux objectifs constitutionnels que sont le droit constitutionnel d'asile d'une part et la préservation de l'ordre public d'autre part ne saurait admettre une telle disposition.

Sur l'assignation à résidence ou le placement en rétention des demandeurs présentant leur demande à une autre autorité (article 41)

L'article étend la possibilité de placement en rétention aux « *étrangers en situation irrégulière qui présentent une demande à une autre autorité* ». En droit de l'Union européenne, **une telle personne est, dès la présentation de sa demande, un demandeur d'asile au sens des directives 2013/32/UE et 2013/33/UE**, et non « *un étranger en situation irrégulière* » comme l'indique la disposition ici considérée.

Il appartient en principe à l'autre autorité, auprès de laquelle le ressortissant de pays tiers a manifesté son souhait de déposer une demande d'asile, d'informer ce ressortissant des droits et des obligations découlant de ces directives, et surtout de transmettre cette demande à l'autorité compétente pour l'enregistrer dans un délai de six jours ouvrés (CJUE, 25 juin 2020, C-36/20 PPU). Or, en dépit de son emplacement dans le Code, il n'est pas question dans l'article de procéder à l'enregistrement de la demande d'asile, ni de statuer sur le droit au maintien des personnes sur le territoire en application de l'article L. 521-7 du CESEDA.

Plus encore, **les dispositions de l'article L. 523-2 du CESEDA énumèrent cinq cas où le risque de fuite est établi qui, sauf circonstances exceptionnelles, permettent, sans décision spécialement motivée, la rétention du demandeur d'asile**.

Le premier cas correspond à la situation prévue par le 3° de l'article L. 531-27 du CESEDA. En vertu du droit en vigueur, la demande d'asile présentée auprès de l'autorité compétente permet au demandeur de se maintenir sur le territoire jusqu'à la lecture de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) en application de l'article L. 541-3 du code, quel que soit la procédure qui lui sera appliquée. *A contrario*, le placement en rétention administrative de l'article 41 de la loi déferée aura pour effet, en cas de rejet au stade de l'OFPPRA, de mettre fin au droit au maintien sur le territoire, sous réserve des dispositions des articles L. 752-5 et suivants du CESEDA. Il y a donc **une rupture d'égalité entre des personnes dont la demande et la situation présentent pourtant les mêmes caractéristiques**.

Le deuxième cas de risque de fuite permettant de placer en rétention un demandeur d'asile, à l'encontre duquel une décision d'éloignement n'a pas été prise, correspond au cas suivant : « Le demandeur a déjà été débouté de sa demande d'asile en France ou dans un autre État membre de l'Union européenne ou a renoncé explicitement ou implicitement à sa demande d'asile dans un autre État membre sans motif légitime ». Ces dispositions emportent encore **une rupture d'égalité entre des personnes placées dans la même situation**.

1) En ce qui concerne les personnes déboutées (ce terme n'est pas utilisé dans le reste du code) en France pour lesquelles une nouvelle demande correspond à un réexamen, le droit positif est le suivant : lorsque l'autorité compétente est saisie d'une demande de réexamen, la personne fait certes l'objet d'une **procédure accélérée d'office dans un délai de quinze jours**, mais a le droit au maintien sur le territoire pendant l'examen de sa demande d'asile par l'OFPPRA. **Elle ne peut faire l'objet d'une assignation à résidence ou d'un placement en rétention**

qu'après l'intervention de la décision de rejet, en application de l'article L. 752-1 du CESEDA. Or, en vertu de l'article 41 de la loi déferée, la personne qui présenterait sa demande auprès d'une autre autorité pourrait voir examiner sa demande **à partir d'un lieu de rétention dans une procédure accélérée d'office de 96 heures**. Il y a donc ici **une rupture d'égalité entre des personnes relevant d'une même situation**.

2) En outre, cette même disposition de l'article 41 prévoit qu'**une personne peut être placée en rétention si elle fait l'objet d'une décision de rejet définitive dans un autre Etat membre** avant même que soit émise une requête aux fins de reprise en charge. Cette situation, qui correspond à un cas de reprise en charge, en application de l'article 18 § 1 sous d) du règlement Dublin III, peut justifier déjà dans le droit positif, l'applicabilité du régime d'assignation ou de placement en rétention sur le fondement du premier Chapitre du Titre V du Livre VII du CESEDA. Cela étant dit, **ces mesures privatives de liberté ne peuvent être mises en œuvre qu'à compter de l'émission par l'administration d'une requête aux fins de reprise en charge**. Il y a donc ici à nouveau **une rupture d'égalité entre des personnes relevant d'une même situation**. De plus, la disposition critiquée conduirait à prévoir au sein de la loi **deux régimes de privation de liberté différents pour une même situation**, ce qui méconnaît dès lors le **principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi**.

Selon le troisième cas de placement en rétention d'un demandeur d'asile pour risque de fuite, la situation est la suivante : *« Le demandeur a explicitement déclaré son intention de ne pas se conformer à la procédure d'éloignement en cas de rejet de sa demande d'asile ou s'est déjà soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement »*. Cette disposition paraît pour le moins étrange, puisqu'**il serait reproché à l'intéressé de ne pas se conformer à l'exécution d'une décision hypothétique, dans la mesure où aucune mesure d'éloignement ne lui a été notifiée et que sa demande peut être accueillie par l'OFPRA**. De plus, là encore, ce motif implique **une rupture d'égalité** : à supposer qu'un demandeur déclare une telle intention lors de la présentation de sa demande d'asile devant l'autorité compétente ordinaire, il ne pourrait pas, pour cette seule raison, faire l'objet d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence, tandis que celui qui présenterait sa demande devant une autre autorité en déclarant cette même intention, le pourrait. Le fait que la demande soit présentée dans un cas à l'autorité compétente et dans un autre à une autre autorité ne suffit à justifier la différence de traitement que la loi déferée emporte.

Selon le quatrième cas prévu de risque de fuite, il est question de *« L'étranger, entré irrégulièrement sur le territoire de l'un des États avec lesquels s'applique l'acquis de Schengen, [qui] fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire prise par l'un de ces États ou s'est maintenu sur le territoire d'un de ces États sans justifier d'un droit de séjour ou sans y avoir déposé sa demande d'asile dans les délais les plus brefs »*. Dans cette hypothèse, les termes du règlement Dublin III prévoient que la demande relève de la responsabilité de cet Etat, en application de son article 13 §2, et le placement en rétention relève déjà des dispositions précitées du Chapitre Ier du Titre V du Livre VII du CESEDA et requiert au préalable la mise en œuvre d'une demande de prise en charge en vue de son transfert. En revanche, dans le nouveau cas prévu, le demandeur ferait l'objet d'un placement en rétention sans cette procédure préalable. Pour une même situation, il y aurait à nouveau deux régimes de rétention différents, impliquant à nouveau **une rupture d'égalité et une méconnaissance du principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi**.

La cinquième catégorie envisagée concerne le cas dans lequel « *Le demandeur ne se présente pas aux convocations de l'autorité administrative, ne répond pas aux demandes d'information et ne se rend pas aux entretiens prévus dans le cadre de la procédure prévue au titre III du présent livre sans motif légitime* ». Cette disposition relève de l'absurdité : **il ne peut être reproché à une personne qui a présenté une demande auprès d'une autre autorité en vue de son enregistrement de ne pas s'être rendue à une convocation de l'autorité administrative et encore moins de ne pas s'être rendue à la convocation de l'OFPRA et de la CNDA, puisque sa demande n'a pas encore été introduite.**

En conclusion, ces dispositions sont **peu intelligibles** et conduiraient à **des ruptures d'égalité injustifiées** quant aux procédures applicables et aux droits qui s'y rattachent, notamment le droit au maintien sur le territoire, fondé non pas sur le critère de la demande qui est présentée à une autre autorité que l'autorité compétence, mais en réalité sur l'effectivité de l'assignation à résidence ou du placement en rétention, grandement dépendant des capacités de l'administration.

Sur l'assignation à résidence ou le placement en rétention pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande d'asile

Au-delà du risque de fuite, l'alinéa 2 du nouvel article L. 523-1 du CESEDA prévoit que l'assignation à résidence ou le placement en rétention des demandeurs ayant présenté leur demande à une autre autorité que celle prévue à l'article L. 521-1 du même code est permise **aux fins « de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile »**.

Cela demande à l'autorité administrative d'établir que la mesure est nécessaire pour obtenir lesdits éléments. Elle devra donc apprécier la présence, mais aussi la pertinence de ces éléments. Or, **pour procéder à un tel examen, elle devra examiner même succinctement les motifs de la demande**. Cet examen apparaît **contraire au principe confidentialité de la demande d'asile, érigé par le Conseil constitutionnel au rang de « garantie essentielle du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle qui implique notamment que les demandeurs d'asile bénéficient d'une protection particulière »** (Cons. const., déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 25 à 27 ; déc. n° 2003-485 DC, 4 décembre 2003, cons. 41 à 47).

En conséquence, la rédaction actuelle apparaît peu intelligible et son interprétation risque de conduire **l'autorité administrative à agir comme autorité de détermination de la demande d'asile alors que ce rôle est exclusivement dévolu à l'OFPRA.**

Sur l'absence de contrôle spécifique de l'assignation à résidence

Dans la précipitation de la rédaction de l'article 41 de la loi déferée, le législateur n'a prévu **aucun régime de contestation des décisions d'assignation à résidence**, prévues à l'article L. 523-1 du CESEDA nouvellement créé. Cela constitue nécessairement **une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789.**

En effet, si l'alinéa 14 de l'article 41 de la loi déferée, dispose, en cas d'assignation à résidence, que certains articles spécifiques du Titre III du Livre VII du CESEDA sont applicables, aucun renvoi n'est opéré vers l'article L. 732-8, qui prévoit la procédure contentieuse spécifique en matière d'assignation à résidence. **Un recours juridictionnel de droit commun devant la justice administrative ne saurait permettre au juge de contrôler effectivement la mesure dans un temps efficace**, dans la mesure où l'assignation ne peut excéder 45 jours en la matière.

La possibilité de saisir le juge des référés ne peut compenser cette atteinte au droit à un recours effectif de façon satisfaisante, dans la mesure où le Conseil d'Etat considère que l'assignation à résidence ne crée pas, par elle-même, une situation d'urgence imminente (CE, réf., 7 juin 2011, n° 349817 ; CE, réf., 5 nov. 2014, n° 385451). **La disposition critiquée est donc inconstitutionnelle en ce qu'elle méconnaît le droit à un recours effectif tel qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.**

Sur le contrôle de la légalité de la rétention

Dans l'éventualité où le demandeur d'asile présenterait un risque de fuite comme définis aux alinéas 8 à 13 de l'article 41 de la loi déferée, il pourrait être placé dans un lieu de rétention. **Le contrôle juridictionnel de cette privation de liberté** est dévolu par le législateur au juge judiciaire, comme en disposent les alinéas 14 à 16, créant le nouvel article L. 523-3 du CESEDA. Le juge des libertés et de la détention serait donc amené à examiner si la mesure était nécessaire pour déterminer « *les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile* ». Toutefois, il convient de souligner qu'un tel placement entraîne nécessairement un refus d'enregistrement de la demande et de délivrance d'une attestation de demande d'asile. **La décision par laquelle l'autorité administrative sur ce fondement décide de placer une personne en rétention constitue donc implicitement mais nécessairement une décision relative au séjour.**

Or, comme l'a énoncé clairement la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'annulation ou la réformation d'une décision en la matière **relève de la seule compétence du juge administratif, conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République et de la conception française de la séparation des pouvoirs** (Cons. constit., 4 octobre 2019, décision n° 2019-807 QPC, cons. 6 et 9). Pour cette raison, **parce qu'il confie au juge judiciaire le contrôle d'une telle décision, ce dispositif doit donc être déclaré inconstitutionnel.**

Sur la rétention en cas d'absence d'introduction d'une demande d'asile dans un délai de cinq jours

L'article L. 523-6 prévoit : « *En l'absence d'introduction de la demande d'asile dans un délai de cinq jours à compter de la notification de la décision de placement en rétention [...] peut se poursuivre* ». Le délai de cinq jours mentionné à cet article est sans doute celui des dispositions de l'article L. 754-1 du CESEDA selon lequel la personne maintenue dans un centre de rétention doit être informée des droits de demander asile, et qu'une telle demande d'asile sera irrecevable si elle est formulée plus de cinq jours après le placement dans un centre. **Le Conseil constitutionnel n'a admis la conformité de ce délai contraint et de cette disposition** que dans le but de concilier le respect du droit d'asile et la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, **en évitant des demandes de caractère dilatoire, et seulement à compter du placement dans un centre de rétention** (Cons. Constit., 20 novembre 2003, décision n° 2003-484 DC, cons. 57 à 59).

Or, dans l'hypothèse ouverte par les dispositions critiquées, **il n'existe pas encore de mesure d'éloignement lors de l'examen de la demande d'asile puisqu'elle n'intervient qu'après une éventuelle décision de clôture ou de rejet de l'OFPPRA**. Par ailleurs, la loi ne reprend pas la jurisprudence constitutionnelle du décompte du délai à partir du placement dans un centre de rétention puisqu'elle parle de lieu de rétention.

Pour conclure, **les dispositions adoptées par le législateur sont un imbroglio légistique, les rendant inintelligibles et portant atteinte au droit constitutionnel d'asile.**

Pour ces motifs, les présents contributeurs estiment que le Conseil constitutionnel ne peut que censurer, en tout ou en partie, les dispositions critiquées de la loi déferée et, à tout le moins, apporter les nécessaires réserves d'interprétation afin d'assurer la protection des droits et libertés constitutionnels.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les conseillers, l'expression de notre profond respect.

Pour l'ensemble des contributeurs