REPUBLIQUE FRANÇAISE

SÉNAT

GROUPE SOCIALISTE

LE PRESIDENT

Paris, le 8 août 2018

Les Sénateurs soussignés

à

Monsieur le Président
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier

75001 PARIS

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel la loi relative à l'immigration maîtrisée, droit d'asile effectif et intégration réussie.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

Patrick KANNER

15, RUE DE VAUGIRARD – 75291 PARIS CEDEX 06 - TELEPHONE : 01 42 34 23 19 - TELECOPIE : 01 42 34 43 04

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres
du Conseil constitutionnel
2, rue de Montpensier
75001 PARIS

Paris, le 8 août 2018

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, telle qu'elle a été adoptée par l'Assemblée nationale en lecture définitive le 1er aout 2018.

1. Cette longue loi, composée de 72 articles, constitue la dix-septième réforme majeure du droit des étrangers depuis 1980. Tandis que la France et, plus largement, l'Europe sont confrontées à un phénomène migratoire d'une ampleur inédite, aux conséquences humanitaires d'une gravité exceptionnelle, le Gouvernement verse dans la précipitation, sans dresser un diagnostic d'ensemble des réformes passées. Preuve en est, cette loi est adoptée alors qu'on « *ne peut même pas s'appuyer sur une année entière d'exécution de certaines mesures issues de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 qu'avait précédée la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015* » : ce n'est pas là seulement une position politique, mais l'avis même du Conseil d'État (*avis n° 394206 du 15 février 2018*).

À la complexité politique du phénomène migratoire s'ajoute ainsi une complexité juridique de sa gestion, que la loi qui vous est déférée ne parviendra pas à simplifier, bien au contraire.

En réalité, elle n'a qu'un seul objectif : durcir encore davantage les conditions de l'asile en France, restreindre les conditions d'accueil des étrangers. Si tout cela n'est pas constitutif d'une inconstitutionnalité en soi, on y voit clairement la volonté du Gouvernement d'imposer ses réformes à marche forcée, au détriment souvent des droits du Parlement et des

destinataires de sa législation, sans parler de ceux, tels que vous, qui contribuent à la parfaire. La conséquence n'est pas seulement une session extraordinaire qui se prolonge jusqu'au mois d'août, bousculant l'agenda des uns et des autres, mais aussi des lois mal écrites, car mal préparées.

Si vous n'êtes pas comptables de la situation politique dans laquelle nous plonge le Gouvernement, au moins pourrez-vous veiller à ce que la Constitution soit respectée, en censurant cette loi ou certaines de ses dispositions, tant pour des raisons de procédure (I) que de fond (II).

I. SUR LA PROCÉDURE

2. La loi que nous vous déférons encourt votre censure en raison d'une étude d'impact gravement incomplète (A). À défaut, vous ne manquerez pas de censurer certains articles au titre de votre jurisprudence en matière de « cavaliers législatifs » (B).

A) Une étude d'impact incomplète

3. Accompagner tout projet de loi d'une étude d'impact est une obligation résultant de l'article 39 de la Constitution, complétée par l'article 8 de la loi organique prise pour son application (*n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*). L'étude d'impact vise à « *défini[r] les objectifs poursuivis par le projet de loi, recense[r] les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et expose[r] les motifs du recours à une nouvelle législation* » (*article 8, al. 2 de la loi organique n° 2009-403 précitée*).

Elle ne doit donc pas seulement éclairer le législateur sur l'intention du Gouvernement mais bien lui permettre d'apprécier toute la nécessité et l'opportunité de légiférer.

4. En vertu de l'article 24, alinéa 2 de la Constitution, lorsque le législateur est le Parlement, il est composé de deux assemblées : l'Assemblée nationale et le Sénat.

En dehors des cas strictement prévus par la Constitution, ces deux assemblées bénéficient des mêmes droits et des mêmes compétences, sans que la distinction purement procédurale entre une première et une seconde assemblée saisies ait quelque autre conséquence que ce soit et certainement pas de hiérarchisation ou de subordination de l'une vis-à-vis de l'autre.

En effet, l'article 24, alinéa 1er dispose que « *le Parlement vote la loi* » et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 précise que « *la loi est*

l'expression de la volonté générale ». Il en résulte que tous les membres composant le Parlement, soit la représentation nationale, contribuent à cette expression et participent, sur un pied d'égalité, au vote de la loi – à l'exception, une nouvelle fois, des cas prévus par la Constitution, telle la procédure de l'article 45, alinéa 4.

Par voie de conséquence, l'étude d'impact qui éclaire le législateur est à la disposition et doit pouvoir bénéficier à tous les membres du Parlement, qu'ils appartiennent à la première ou à la seconde assemblée saisie.

5. Pour des raisons procédurales, seule la Conférence des présidents de la première assemblée saisie peut opposer une irrecevabilité à un projet de loi, si elle considère qu'il ne répond pas aux exigences issues des articles 39 de la Constitution et 8 de la loi organique précitée. Cela s'explique par le fait qu'une telle irrecevabilité ne saurait être opposée alors que le texte a déjà été adopté en première lecture par l'une des deux assemblées. Cela ne souffre aucune contestation de notre part, d'autant moins que c'est expressément prévu par l'article 39, al. 4 de la Constitution.

En revanche, l'équilibre parlementaire du bicaméralisme prévu par notre Constitution serait remis en cause si les membres de la première assemblée saisie étaient en mesure, par leur choix, de priver de leurs droits ceux de la seconde.

6. Lorsque vous avez examiné la loi organique prise pour l'application de l'article 39, vous n'avez délibérément pas tranché la question de savoir si la contestation d'une étude d'impact incomplète ne pouvait être soulevée que devant la Conférence des présidents de la première assemblée saisie et, en cas de désaccord entre cette dernière et le Gouvernement, devant vous, sur le fondement de l'article 39, al. 4, ou si elle pouvait également être soulevée devant vous, lors d'une saisine fondée sur l'article 61, alinéa 2 (*décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, Rec. p. 84 et Commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27*).

Postérieurement, vous avez admis le grief tiré d'une étude d'impact insuffisante et d'une violation de l'article 39, al. 3 de la Constitution, dans le cadre d'un recours *a priori* (*décision n° 2013-683 DC du 16 janvier 2014, Loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites*). Plus récemment, vous avez précisé que, pour faire valoir un moyen tiré d'une violation de cette obligation constitutionnelle en raison d'une étude d'impact lacunaire, il fallait avoir préalablement soulevé la question devant la Conférence des présidents de la première assemblée saisie (*décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015, Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*).

Vous avez ainsi institué la règle dite du « *préalable parlementaire* », à l'instar de ce qui prévaut en matière de recevabilité des amendements (*Commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision n° 2015-718 précitée, p. 6*). Cela est parfaitement compréhensible dès lors que ceux qui vous saisissent sont membres de la première

assemblée saisie et qu'ils ont donc eu la possibilité, par la voie de leur président de groupe, de soulever l'irrecevabilité de l'art. 39, al. 4 de la Constitution en Conférence des présidents.

En revanche, adopter la même jurisprudence lorsque le moyen est soulevé pour la première fois devant vous par des requérants membres de la seconde assemblée saisie reviendrait à les considérer comme dépendants du bon vouloir des membres de la première assemblée, puisqu'ils ne seraient en mesure de contester une étude d'impact que si ces derniers l'ont fait, avant eux et devant la Conférence des présidents.

Cela remettrait en cause l'équilibre bicaméral de notre Parlement, tel qu'il est établi par l'article 24 de la Constitution, ou alors ce serait considérer que l'étude d'impact n'est destinée qu'aux membres de la première assemblée saisie. Surtout, alors que la première assemblée saisie est très souvent l'Assemblée nationale (en particulier sous la XV^e^ législature), cela nuirait gravement aux droits des sénateurs et porterait atteinte à la place du Sénat. On ne peut donc pas imaginer que le sens de votre décision n° 2015-718 précitée soit celui-ci et nous sommes convaincus que vous accueillerez favorablement ce moyen, au moins dans son principe.

7. En effet, il est constant que, en l'espèce, le projet de loi a d'abord été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale et que la Conférence des présidents – qui, d'ailleurs, ne s'est pas réunie dans les dix jours après ledit dépôt en raison d'une suspension des travaux – n'a pas soulevé la question du respect des exigences de l'article 39, al. 3 de la Constitution.

Pour autant, nous, sénateurs signataires de la présente saisine, considérons que tel est le cas et n'avons pas d'autres moyens que de soulever ce grief tiré de la violation de cet article 39, al. 3 pour la première fois devant vous.

Pour s'en convaincre, il suffit d'abord de se référer à l'avis du Conseil d'État du 15 février 2018, précité. Il souligne à diverses reprises (*notamment §§ 6, 28, 50*) que l'étude d'impact est incomplète ou doit être complétée. Or, si le Gouvernement a effectivement apporté des compléments, ils demeurent insuffisants comme le souligne, là encore, le Conseil d'État : *« l'appréciation critique des dispositions en vigueur (**qui n'a été complétée que pour celles issues de la loi de 2015**) »* (*avis du 15 février 2018 précité*).

On peut ensuite se reporter à l'étude d'impact elle-même. On relève alors qu'au titre de *« l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi »* (*article 8, al. 5 de la loi organique n° 2009-403 précitée*), il n'est fait état que de la législation issue de la loi du 29 juillet 2015, nullement des nombreuses législations antérieures, même les plus récentes.

De même, à plusieurs reprises, les évaluations économiques et financières font défaut, alors qu'elles sont requises au titre de l'article 8, al. 8 de la loi organique : séjour des bénéficiaires de la protection internationale (*Étude d'impact, pp. 37 et s.*), alors même que le Conseil d'État avait souligné cette lacune (*avis du 15 février 2018 précité, notamment § 28*),

allongement de la durée de la rétention pour les étrangers en situation irrégulière (*Étude d'impact, pp. 122 et s. et p. 127*).

Quant au premier de ces deux points, concernant les recours formés pour demander la suspension d'une obligation de quitter le territoire français, la formule du Conseil d'État était d'ailleurs particulièrement claire et sans appel :

> *« Toutefois* ***il n'existe, notamment dans l'étude d'impact, aucun élément quantitatif permettant d'apprécier l'importance du contentieux supplémentaire*** *que cette mesure engendrerait pour les tribunaux administratifs. [...] [Elle] introduit en outre des lenteurs contraires à l'objectif poursuivi par le projet de loi. [...] Pour ces motifs,* ***le Conseil d'État recommande instamment de renoncer à ces dispositions*** *contraires aux exigences d'une bonne administration de la justice. »*
>
> *Avis du 15 février 2018 précité*

8. Il est donc patent que l'étude d'impact est gravement incomplète et que le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée le 21 février 2018 ne respecte pas les exigences issues de l'article 39, al. 3 de la Constitution.

Si les députés n'ont pas jugé nécessaire de soulever cette question lors de la Conférence des présidents qui a suivi, sur le fondement de l'article 39, al. 4 de la Constitution, pour des raisons qui leur appartiennent, ce choix ne saurait avoir de conséquences à l'égard des sénateurs, dès lors qu'est admis que la violation de l'art. 39, al. 3 peut être soulevée sur le fondement de l'article 61, al. 2 de la Constitution, c'est-à-dire dans le cadre d'une saisine *a priori*.

Le parallèle avec le préalable parlementaire en matière de recevabilité des amendements ne peut se poursuivre jusqu'ici, car il s'agit là d'apprécier la recevabilité d'un texte déposé dans une assemblée, délibéré et voté par cette même assemblée. La seconde assemblée n'examine alors l'amendement qu'en ce qu'il a été intégré dans le projet de lui qui lui est transmis et non l'amendement en tant que tel. En matière d'étude d'impact, il s'agit d'apprécier la recevabilité d'un texte qui sera examiné par les deux assemblées, au regard des éléments d'information qu'elle contient et qui doivent éclairer l'examen et le vote des deux assemblées.

Admettre le contraire reviendrait à placer la seconde assemblée saisie et ses membres en position de subordination vis-à-vis de la première assemblée saisie, ce qui n'est nullement prévu par la Constitution, en particulier sur ce point. La loi qui vous est déférée encourt donc une censure à ce titre.

B) Des cavaliers législatifs

9. Plusieurs dispositions de la loi ont été introduites par voie d'amendement, en violation des règles prévues par la Constitution et que vous avez précisées dans votre jurisprudence. Tel est notamment le cas des articles 15, I et 52, 4°, introduits en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale.

L'article 45, al. 1er de la Constitution prévoit que *« tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis »*. Vous en déduisez que *« les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être* ***en relation directe avec une disposition restant en discussion*** », tout en réservant les cas des *« amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle »* (*décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*).

10. L'article 15, I a pour objet de supprimer le rôle de coordination des centres provisoires d'hébergement en matière d'intégration des bénéficiaires d'une protection internationale, au bénéfice des schémas régionaux d'accueil des demandeurs d'asile. Il s'insère dans un article relatif aux conditions d'admission dans ces centres provisoires d'hébergement.

Or la question de la coordination de ces centres, qui présente un caractère objectif, n'a aucun lien direct avec les conditions précises d'admissions dans de tels centres, prévues par le § II de l'article 15 de la loi déférée et qui sont la vulnérabilité de l'intéressé, ses liens personnels et familiaux et la région dans laquelle il a résidé pendant l'examen de sa demande d'asile, présentant ainsi un caractère strictement subjectif, relatif à l'intéressé.

11. De même, l'article 52, 4° habilite le Gouvernement à légiférer par ordonnances, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, pour *« répartir les compétences, au sein de la juridiction administrative, en matière de contentieux des décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et de contentieux du droit de se maintenir sur le territoire français prévu aux articles L. 743-3, L. 743-4 et L. 571-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ainsi que les dispositions permettant d'organiser, devant la Cour nationale du droit d'asile, des procédures d'urgence »*. En d'autres termes, il permet d'organiser, par ordonnance, les recours contentieux des étrangers devant les juridictions administratives ainsi que les procédures d'urgence devant la CNDA.

Cette habilitation spécifique s'insère dans un article prévoyant d'autres habilitations qui, certes, concernent le CESEDA, mais nullement des aspects contentieux et procéduraux. Il s'agit d'opérer une refonte de ce code, mais *« à droit constant »* (art. 52, 1°) et essentiellement relative à son plan et à la clarté de la rédaction, de simplifier les cartes de séjours des travailleurs (art. 52, 2°) ou leurs autorisations de travail (art. 52, 3°).

L'habilitation à opérer une importante réforme du contentieux ne présente aucun lien direct avec ces autres habilitations.

Ces modifications par voie d'amendement en nouvelle lecture, n'étant pas destinées à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle, ont été opérées selon une procédure contraire à la Constitution et doivent donc être censurées.

II. SUR LE FOND

12. Sur le fond, la loi que nous vous déférons encourt également votre censure pour sept de ses aspects. Cela concerne la possibilité de recourir à une vidéo-audience, sans le consentement de l'intéressé (A), les règles d'acquisition de la nationalité française à Mayotte (B), la notification des obligations de quitter le territoire français en détention (C), l'imposition d'un lieu de résidence après une obligation de quitter le territoire français (D), la rétention des mineurs (E), l'allongement de la durée de rétention (F) et le rétablissement du « délit de solidarité » (G).

A) Recourir à la vidéo-audience

13. Les articles 8, 20 et 24 de la loi qui vous est déférée prévoient la possibilité de recourir à la vidéo-audience lors des recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), lors d'un recours contre une décision de refus d'entrée au titre de l'asile ou de maintien dans une zone d'attente ou lors d'un recours contre une obligation de quitter le territoire français, lorsque l'étranger est placé en rétention, en détention ou assigné à résidence.

La vidéo-audience est la tenue d'une audience juridictionnelle grâce à des moyens de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission, afin d'établir une connexion audiovisuelle entre le requérant, présent en un lieu, et le juge, siégeant en un autre lieu, généralement celui du siège de sa juridiction.

Déjà prévue et autorisée, elle n'était possible que si le requérant l'acceptait ou elle pouvait être imposée, pour tenir les audiences de la CNDA, lorsque le requérant se trouvait en outre-mer. C'est une possibilité que vous avez examinée et validée dans votre décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, notamment au regard des exigences constitutionnelles relatives au droit au procès équitable.

14. Cependant, ce qui vaut dans les conditions particulières et spécifiques d'un requérant se situant en outre-mer, lorsque le siège de la juridiction est en métropole, ne vaut pas pour

tous les requérants se situant sur le territoire métropolitain, même dans l'hypothèse où la juridiction est unique et son siège est à Paris ou proche de Paris (Montreuil pour la CNDA).

Par conséquent, prévoir que la vidéo-audience puisse être imposée au requérant sans son consentement porte atteinte au droit au procès équitable, aux droits de la défense et au droit à exercer un recours juridictionnel effectif, dont la garantie constitutionnelle est issue de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (*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*).

En effet, si la loi prévoit expressément que le requérant est assisté de son conseil s'il en a un, que l'audience est publique, que la communication audiovisuelle garantit la confidentialité de la transmission, la désincarnation à laquelle donne lieu une vidéo-audience porte une atteinte aux droits de la défense et au procès équitable disproportionnée au regard des seuls objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice ou de bon usage des deniers publics.

La présence physique du requérant, ses réponses directes aux questions posées, ou les interventions directes de son conseil sont essentielles dans le cadre d'une procédure orale. Elles traduisent souvent des attitudes dont ne rendrait pas compte une interface audiovisuelle et qui peuvent avoir des conséquences importantes sur la conviction de la Cour, que ce soit dans un sens ou dans un autre.

Sans compter que la loi n'apporte aucune garantie dans l'hypothèse où la connexion devait être interrompue, en imposant, par exemple, qu'il ne peut être fait recours à la vidéo-audience qu'en présence de personnels qualifiés pour assurer la bonne conduite de l'audience, placés sous l'autorité du président (ce qui, d'ailleurs, engendrerait des frais supplémentaires, non chiffrés par l'étude d'impact).

15. Si vous aviez pu juger qu'un tel dispositif était conforme à la Constitution, c'était bien en retenant que *« le déroulement des audiences au moyen de techniques de télécommunication audiovisuelle* ***est subordonné au consentement de l'étranger****, à la confidentialité de la transmission et au déroulement de la procédure dans chacune des deux salles d'audience ouvertes au public »* (*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*).

Surtout, le dispositif de la loi qui vous est déférée apparaît comme la prémisse à sa généralisation. Ce n'est pas seulement la CNDA qui est concernée, juridiction unique dont le siège est en région parisienne, mais également les tribunaux administratifs et tribunaux de grande instance, équitablement répartis sur le territoire et qui ont des zones d'attente dans leur ressort.

Ce qui vaudrait aujourd'hui pour certaines matières spécifiques du contentieux des étrangers pourrait, demain, être généralisé à toute la justice, ce que l'on ne saurait admettre.

Vous ne pourrez donc que censurer ces dispositions permettant d'imposer la vidéo-audience sans le consentement du requérant pour violation de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et du droit au procès équitable, des droits de la défense et du droit à exercer un recours juridictionnel effectif qui en découlent.

16. À défaut, vous censurerez au moins les articles 20 et 24, alinéa 8 de la loi, qui concernent les recours contre les décisions de refus d'entrée au titre de l'asile ou de maintien dans une zone d'attente et ceux contre une obligation de quitter le territoire français, lorsque l'étranger est placé en rétention, en détention ou assigné à résidence. Les recours relèvent soit du tribunal administratif, soit du juge de la liberté et de la détention.

Il convient en effet de distinguer ce dispositif de celui prévu par l'article 8 de la loi, relatif aux recours devant la CNDA pour deux raisons : d'une part, la Cour est une juridiction unique et, d'autre part, l'article 8 modifie l'article L. 733-1 du CESEDA, lequel prévoit un certain nombre de garanties légales des exigences constitutionnelles issues de l'article 16 de la Déclaration de 1789, précédemment mentionnées.

À l'inverse, le dispositif issu des articles 20 et 24, al. 8 de la loi déférée, qui modifient respectivement les articles L. 213-9, L. 222-4 et L. 512-1, III du CESEDA ne prévoient pas que le conseil du requérant, s'il en a un, *« est physiquement présent auprès de lui »*, que la vidéo-audience donne lieu *« à l'établissement d'un procès-verbal dans chacune des salles d'audience ou à un enregistrement audiovisuel ou sonore »*, que le moyen de communication garantit *« la qualité »* de la transmission, ou que l'interprète auquel il a droit *« est présent dans la salle d'audience où ce dernier se trouve »*.

Ces garanties légales sont indispensables pour permettre le respect du droit au procès équitable et des droits de la défense, ainsi que vous en avez jugé dans la décision n° 2011-631 DC, précitée (*consid. 93*). Faute pour eux de prévoir les garanties légales suffisantes aux exigences constitutionnelles susmentionnées, les articles 20 et 24, al. 8 de la loi qui vous est soumise devront donc être déclarés contraires à la Constitution.

B) L'acquisition de la nationalité à Mayotte

17. Le Titre II de la loi qui vous est déférée établit des règles spécifiques pour l'acquisition de la nationalité française d'un enfant né à Mayotte. Il ajoute une condition supplémentaire à l'acquisition de cette nationalité aux deux conditions déjà prévues par l'article 21-7 du code civil à l'égard des enfants nés en France, de parents étrangers.

Ce dernier article dispose qu'en plus de la naissance en France, l'enfant *« acquiert la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans »*. Il y a ainsi une double exigence : la naissance en France et la résidence en France pendant une certaine durée.

L'article 16 de la loi qui vous est déférée impose une condition supplémentaire. Il prévoit qu'un enfant né à Mayotte de parents étrangers ne peut se prévaloir de l'article 21-7 du code civil que si, au moment de sa naissance, l'un de ses parents au moins réside en France de manière régulière, sous couvert d'un titre de séjour, et de manière ininterrompue depuis plus de trois mois. Établir une telle discrimination, dans cette matière, à l'égard du seul territoire de Mayotte, viole tant le principe d'indivisibilité de la République, consacré à l'article 1er de la Constitution (a), que le principe d'égalité, issu du même article 1er et des articles 1er et 6 de la Déclaration de 1789 (b).

a) Sur la violation du principe d'indivisibilité de la République

18. Le principe constitutionnel d'indivisibilité de la République, évoqué très tôt dans votre jurisprudence (*décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*), a déjà donné lieu à des censures de votre part (*décision n° 84-177 DC du 30 août 1984, Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française, et notamment son article 10*).

Il a surtout donné lieu à une réserve d'interprétation, permettant d'éviter qu'une disposition législative établissant une discrimination en matière de nationalité en raison du territoire ne soit censurée. Alors que le législateur réformait les conditions d'acquisition de la nationalité française à l'égard des enfants nés en France, d'un parent né dans un territoire ayant alors le statut de colonie ou de territoire d'outre-mer, en ajoutant la condition que l'enfant soit né avant une certaine date, vous avez précisé que cette condition nouvelle ne peut s'appliquer que *« dans le seul cas où les territoires où sont nés les parents des enfants concernés ont* ***accédé ultérieurement à l'indépendance*** *; que* ***sous cette réserve stricte d'interprétation***, *la disposition contestée ne méconnaît pas le principe d'indivisibilité de la République »* (*décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, Loi réformant le code de la nationalité*).

On pourrait aisément en déduire que vous n'admettez pas que les règles d'attribution de la nationalité française puissent être différentes en fonction des territoires de la République. Cela se verrait notamment confirmer par l'article 73, alinéa 4 de la Constitution, qui permet aux départements et régions d'outre-mer d'adapter elles-mêmes certaines règles législatives nationales, mais qui exclut expressément celles relatives à la nationalité.

19. Toutefois, en ce qui concerne le Département de Mayotte, on pourrait être tenté de se prévaloir du premier alinéa de ce même article 73, lequel établit la règle de l'adaptation législative à l'égard des départements et régions d'outre-mer, en raison des *« caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités »*, mais où, par principe, *« les lois et règlements sont applicables de plein droit »*.

Pour autant, cela n'est pas possible en matière de nationalité, du moins dans les départements et régions de droit commun, fussent-ils en outre-mer.

En premier lieu, la nationalité est une condition de l'exercice de la souveraineté nationale, laquelle est elle-même indivisible, en vertu de l'article 3 de la Constitution :

> *« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.*
>
> *« Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.*
>
> *« Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret.*
>
> *« Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi,* ***tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques****. »*

Article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958

Il ressort de ces dispositions, combinées au principe d'indivisibilité de la République et au principe d'unicité du peuple français qui en découle (*décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*), que le peuple exerce la souveraineté nationale, qu'il l'exerce dans son ensemble et sans pouvoir être sectionné en différentes catégories, *a fortiori* en des catégories reposant sur une division du territoire, qu'il l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum, que pour cela des élections sont organisées, auxquelles participent tous les nationaux français.

Il n'est dès lors pas possible d'établir des règles différentes d'accès à la nationalité, dont la différence ne reposerait que sur des critères relatifs au territoire de la République, car cela emporterait sa propre division. C'est d'autant moins possible qu'au renfort de ce qui vient être exposé, le seizième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que *« la France forme* ***avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits*** *et des devoirs »*.

L'inverse conduirait à ce que certains individus, nés dans certaines parties du territoire de la République auraient acquis la nationalité française selon certaines conditions et pourraient ainsi exercer la souveraineté nationale, tandis que d'autres, nés dans une autre partie du territoire de la République, alors qu'ils remplissent les mêmes conditions, ne pourraient pas l'exercer. Le principe d'indivisibilité de la République serait remis en cause. Le principe d'égalité le serait tout autant, comme nous le verrons (*infra*, §§ 24 et s. de la présente saisine), notamment parce qu'il y aurait une différence entre les droits des enfants nés à Mayotte, territoire de la République situé en outre-mer, et ceux nés ailleurs, toujours sur le territoire de la République.

20. Dans les rares cas où vous avez admis des règles différentes en matière de nationalité, les différenciations ne reposaient pas sur un critère territorial.

En particulier, si vous avez admis que la différence entre statut civil de droit commun et statut civil de droit local puisse emporter des différences en termes de conservation de la nationalité française, cela reposait sur un critère de date d'accès à l'indépendance de l'Algérie (*décision n° 2012-259 QPC du 29 juin 2012, M. Mouloud A.*).

De même, vous avez reconnu la constitutionnalité de la déchéance de la nationalité française applicable aux seules personnes ayant acquis la nationalité française et non à celles auxquelles elle a été attribuée à la naissance afin de permettre, dans le cas spécifique de la lutte contre le terrorisme, de déchoir de leur nationalité, pendant une durée limitée, ceux qui l'ont acquise tout en soulignant *« qu'au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation »* (*décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire, confirmée par la décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, M. Ahmed S.*).

21. En second lieu, les circonstances propres à Mayotte démontrent que le principe d'adaptation législative, possible à l'égard des départements et régions d'outre-mer dès lors que sont invocables des *« caractéristiques et contraintes particulières »*, n'est pas applicable car ces dernières n'existent pas en l'espèce.

D'abord, nous vous rappelons que lorsque le législateur décide de faire application du premier alinéa de l'article 73 à l'égard de certains départements ou régions d'outre-mer, vous contrôlez que les adaptations sont effectivement *« **nécessitées** par leur situation particulière »* (*décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer*).

Vous pouvez ainsi censurer une disposition législative procédant à une telle adaptation, dès lors qu'elle n'est pas justifiée par des *« caractéristiques et contraintes particulières »* des collectivités territoriales concernées (*décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, Loi relative aux libertés et responsabilités locales*). Vous l'avez encore rappelé dans une récente décision, qui concernait Mayotte, où l'adaptation en cause ne trouvait *« sa justification ni dans une différence de situation des justiciables dans ce territoire par rapport à ceux des autres territoires, ni dans l'organisation juridictionnelle, les caractéristiques ou les contraintes particulières propres au département de Mayotte »* (*décision n° 2017-641 QPC du 30 juin 2017, Société Horizon OI et autre*).

Le seul statut de département ou région d'outre-mer ne justifie donc pas, à soi seul, de telles adaptions.

22. Ensuite, pour justifier cette différenciation, certains chiffres sont invoqués en l'espèce.

Ainsi, il ressort de données récentes établies par l'INSEE que 41% des résidents de Mayotte sont de nationalité étrangère, ce qui constitue la part la plus élevée dans les départements français et que la moitié des étrangers non natifs de Mayotte se trouve en situation irrégulière, ce taux d'irrégularité étant de 74% chez les 18-24 ans. Par ailleurs, le nombre de naissances à Mayotte a augmenté de 45% entre 2013 et 2016, avec 9 500 naissances en 2016, le taux de natalité pour la France entière étant de 12 pour mille contre 40 pour mille à Mayotte. Dans ce département, en 2016, 74% des enfants sont nés de mères étrangères, notamment comoriennes. La part des enfants nés de deux parents étrangers (sans distinction sur la régularité du séjour) passe de 28 à 42% de 2014 à 2016. Plus structurellement, il résulte de la situation géographique et historique de Mayotte que les ressortissants d'une seule nationalité, les Comoriens, représentent 94% des étrangers vivant à Mayotte.

L'auteur de l'amendement ayant abouti à l'insertion de l'article litigieux soutient même que *« des milliers de femmes enceintes, souvent au péril de leur vie, abordent sur les rivages de Mayotte avec l'espoir de donner naissance à un enfant né sur le territoire national afin qu'il puisse y être élevé et ainsi bénéficier d'une naturalisation par " le droit du sol " »*. Pour autant, ce dernier chiffre n'est étayé par aucune donnée officielle.

De même, si les chiffres officiels sont incontestables, rien ne permet de prouver qu'ils seraient liés à une volonté d'acquérir la nationalité française et que la réforme introduite par le Titre II de la loi qui vous est déférée permettrait de les faire évoluer à la baisse.

23. Cela d'autant moins que, en l'état actuel de la législation, la seule naissance sur le territoire de la République, eût-elle lieu à Mayotte, ne permet pas d'acquérir la nationalité française. Au moins une autre condition est nécessaire : une résidence pendant une certaine durée.

Cette durée est précisément de nature à permettre de prendre les mesures d'éloignement justifiées par la situation irrégulière, à la supposer établie, dans laquelle se place la mère ou les parents d'un enfant né à Mayotte. D'ailleurs, les mesures d'éloignement des étrangers en séjour irrégulier y sont mises en œuvre plus efficacement qu'en métropole, notamment grâce à une législation déjà dérogatoire.

Enfin, s'il fallait encore se convaincre qu'aucune caractéristique et contrainte particulière à Mayotte ne vient justifier qu'il soit fait application de l'article 73, al. 1er de la Constitution, il suffit de constater que le nombre d'acquisition de la nationalité française au profit d'enfants nés à Mayotte de parents étrangers n'est pas plus élevé que la moyenne.

En définitive, rien ne justifie, en l'espèce, qu'il soit procédé à une adaptation législative. Partant, le Titre II de la loi qui vous est déférée doit être censuré pour violation du principe d'indivisibilité de la République et de l'article 73, al. 1er de la Constitution.

b) Sur la violation du principe d'égalité

24. Ce même Titre II devra également être censuré en raison de la violation du principe d'égalité qu'il introduit.

Votre jurisprudence, en cette matière, est aussi constante que précise. Ainsi, *« 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 »* (*parmi d'autres, décision n° 2016-544 QPC du 3 juin 2016, M. Mohamadi C.*).

Pour établir une discrimination, il faut donc remplir deux conditions, la première étant alternative. Soit des situations différentes peuvent être réglées différemment, soit il faut que la dérogation à l'égalité réponde à des raisons d'intérêt général : c'est la première condition alternative. Il faut ensuite, dans tous les cas, que la différence de traitement soit en rapport direct avec la loi qui l'établit.

Vous êtes particulièrement vigilant à l'égard du respect de ces différentes conditions. Ainsi, vous admettez que les assesseurs-jurés de la Cour d'assises de Mayotte soient tirés au sort à partir d'une liste restreinte, dont les conditions dérogent au droit commun, afin de tenir compte des spécificités de ce territoire et de la proportion importante de sa population qui ne remplit pas les conditions d'âge, de nationalité et de connaissance de la langue et de l'écriture françaises exigées pour exercer les fonctions d'assesseur-juré (*décision n° 2016-544 QPC précitée*). En revanche, vous censurez l'inapplication à Mayotte des dispositions qui répriment le fait pour un juré de ne pas déférer à la convocation qu'il a reçue ou de se retirer avant l'expiration de ses fonctions, car l'exercice des fonctions d'assesseur-juré à la Cour d'assises de Mayotte est identique à l'exercice des fonctions de juré d'une Cour d'assises située dans une autre partie du territoire de la République et qu'ainsi la différence de traitement établie n'est pas en rapport direct avec l'objet de la législation dérogatoire (*même décision*).

25. En l'espèce, la différence de traitement établie par les dispositions contestées concerne l'acquisition de la nationalité dans un territoire déterminée d'outre-mer. Elle porte donc directement sur les liens qu'établit la République française avec les peuples d'outre-mer. Or, ainsi que nous l'avons déjà relevé (*supra*, § 19 de la présente saisine), le seizième alinéa du Préambule de 1946 établit que *« la France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion »*.

Votre contrôle du respect du principe d'égalité en résultera accru dans cette matière.

De surcroît, la différence de traitement établie par la loi n'a pas vocation à régler différemment des situations différentes.

En effet, en raison du principe d'indivisibilité de la République, il n'est pas possible de considérer qu'un enfant né à Mayotte soit dans une situation différente qu'un enfant né ailleurs, notamment en Métropole, au seul regard de la question de sa naissance et de l'acquisition de la nationalité. Si la situation est géographiquement différente (car les lieux sont géographiquement différents), elle ne saurait être juridiquement différente au regard du territoire de la République et des conditions d'acquisition de la nationalité (car l'enfant naît indistinctement sur **le territoire de la République**).

La différence de traitement n'est pas davantage justifiée par une raison d'intérêt général, à moins de considérer que diviser la République et les règles d'acquisition de la nationalité en fonction du territoire en soit une.

Mais à supposer même que l'on admette le principe de situations différentes (en raison des latitudes géographiques) ou des raisons d'intérêt général (reposant sur les chiffres allégués), la différence de traitement ne présente aucun lien direct avec la loi qui vous est déférée. Cette dernière a pour objet, comme l'indique son intitulé, une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie : rien, dans la différenciation établie par son Titre II relatif à l'acquisition de la nationalité à Mayotte, n'a un lien avec cet objet.

Car cette législation ne vise pas tant à restreindre les conditions d'obtention de la nationalité française, puisqu'il faut remplir au moins une autre condition, ce qui n'est possible qu'après de nombreuses années, qu'à soi-disant dissuader « *des milliers de femmes enceintes* » à venir « *donner naissance à un enfant sur le territoire national* », « *souvent au péril de leur vie* ». Les dispositions litigieuses ne sauraient donc avoir quelque effet que ce soit sur l'immigration, l'asile ou l'intégration, dès lors que les enfants concernés, par leur seule naissance, ne peuvent acquérir ni nationalité ni titre de séjour et que leur mère ou leurs parents, par le seul accouchement, ne peuvent pas davantage prétendre à ces droits.

Il en résulte que le Titre II de la loi qui vous est déférée est contraire au principe d'égalité garanti par la Constitution et qu'il devra donc être censuré.

C) La notification et le recours contre des OQTF en détention

26. L'article 24, 3° de la loi qui vous est déférée modifie l'article L. 512-1, IV du CESEDA, relatif à la notification et au recours contre une obligation de quitter le territoire français à l'égard d'un étranger placé en détention. Il s'agit de tenir compte de l'une de vos décisions qui a partiellement censuré la première phrase de ce § IV (*décision n° 2018-709 QPC du 1er juin 2018, Section française de l'observatoire international des prisons et autres*).

Dans cette décision, vous avez décidé qu'« *en enserrant dans un délai maximal de cinq jours le temps global imparti à l'étranger détenu afin de former son recours et au juge afin de statuer sur celui-ci* », il n'y avait pas de « *conciliation équilibrée entre le droit au recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi par le législateur d'éviter le placement de*

l'étranger en rétention administrative à l'issue de sa détention » (*décision n° 2018-709 QPC précitée*).

Vous avez donc censuré ce délai maximal de cinq jours et, par voie de conséquence, sa décomposition en un délai de recours de 48 heures et un délai pour statuer de 72 heures.

27. Or il ressort de la nouvelle rédaction du § IV de l'article L. 512-1 du CESEDA et des travaux préparatoires qui ont conduit à sa réécriture, que si le délai pour statuer a été légèrement allongé (passant de 72 heures à huit jours), le délai de recours de 48 heures, lui, demeure inchangé et cela quelle que soit la situation du détenu (que la levée d'écrou intervienne en cours d'instance ou après). Cela ressort clairement de l'exposé des motifs de l'amendement présenté par le Gouvernement en première lecture au Sénat, destiné à tenir compte de votre décision précitée (*amendement n° 146 du 13 juin 2018*).

Pourtant, votre décision n° 2018-709 QPC précitée, éclairée de son commentaire, est tout aussi claire. Tout en rappelant que « *de courts délais ne sont pas, par principe, contraires au droit à un recours juridictionnel effectif* », il convient d'examiner si « *cette brièveté des délais [peut] être regardée comme justifiée et proportionnée* » (*Commentaire de la décision n° 2018-709 QPC précitée, p. 15*).

Or le délai de 48 heures pour introduire un recours est toujours aussi incompatible avec les conditions de la détention, ne permettant pas à l'étranger de prendre connaissance des motifs de la décision et de faire appel à un interprète et à un avocat, comme vous l'aviez relevé. Surtout, même porté à dix jours (48 heures de délai de recours et huit jours pour statuer), le délai global laisse toujours peu de temps au détenu pour organiser sa défense, exposer au juge ses arguments et réunir les preuves au soutien de ceux-ci (*décision n° 2018-709 QPC précitée*).

Ainsi, la réécriture proposée par le Gouvernement n'apporte pas une solution convenable à l'inconstitutionnalité que vous avez prononcée. Cela devra vous conduire à censurer à nouveau ce § IV de l'article L. 512-1 du CESEDA, pour violation du droit à exercer un recours juridictionnel effectif.

D) L'imposition d'un lieu de résidence après une OQTF

28. L'article 26 de la loi qui vous est déférée modifie l'article L. 513-4 du CESEDA. Il permet qu'un étranger, auquel une obligation de quitter le territoire français a été notifiée, assortie d'un délai de départ volontaire, puisse se voir imposer un lieu de résidence par l'administration, jusqu'à l'expiration de ce délai. Sans être équivalente à une assignation à résidence, une telle mesure emporte des effets comparables.

Nous savons que, selon votre jurisprudence constante, « *aucun 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 » (*dernièrement décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017, M. Kamel D.*).

Toutefois cela ne saurait permettre d'imposer un lieu de résidence à un étranger, au seul motif qu'il doit quitter le territoire français, d'autant moins si un délai de départ volontaire lui a été octroyé et qu'il séjourne alors régulièrement sur le territoire national, jusqu'à expiration du délai.

29. Si une telle mesure ne porte pas atteinte à la liberté individuelle, telle que garantie par l'article 66 de la Constitution, elle restreint néanmoins la liberté d'aller et venir. Cette dernière est constitutionnellement garantie en ce qu'elle est une composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la DDHC.

Ainsi, lorsque le législateur autorise des mesures administratives relatives à la situation des étrangers et affectant sa liberté d'aller et venir, il lui appartient « *d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,* ***le droit au respect de la vie privée*** *protégé par l'article 2 de cette déclaration, et le droit de mener une vie familiale normale qui résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* » (*décision n° 2017-674 QPC, précitée*).

En particulier, vous contrôlez que l'atteinte à ces droits et libertés constitutionnellement garantis n'est pas disproportionnée.

30. Dès lors qu'un étranger se voit obliger de résider en un lieu déterminé par l'administration, sa liberté d'aller et venir est restreinte, ne serait-ce qu'en ce qu'il n'est plus en mesure d'élire domicile où il le souhaite. La seule obligation de quitter le territoire dont il fait l'objet ne saurait être une justification suffisante à une telle restriction, alors même qu'il offre des garanties de représentation suffisantes ou qu'il ne présente aucune menace à l'ordre public.

De même, une telle obligation est susceptible de porter une atteinte disproportionnée à son droit au respect à la vie privée, protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789, et le droit de mener une vie familiale normale, garanti par le dixième alinéa du Préambule de 1946, alors qu'elle peut lui être imposée par l'administration, sans nullement tenir compte de sa situation personnelle. Il pourrait alors être contraint de résider en un lieu éloigné des autres membres de sa famille qui, eux, pourraient détenir un droit au séjour.

Dépourvue de justification suffisante, cette mesure, introduite par l'article contesté, porte une atteinte disproportionnée à des droits et libertés constitutionnellement garantis. L'article 26 de la loi qui vous est soumise doit donc être censuré pour violation de la liberté

d'aller et venir, du droit au respect de la vie privée et du droit à mener une vie familiale normale, respectivement garantis par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 et l'alinéa 10 du Préambule de 1946.

E) La rétention des mineurs

31. L'article 28 de la loi qui vous est déférée modifie l'article L. 551-1 du CESEDA. Il aménage les conditions dans lesquelles les mineurs peuvent être placés en rétention, réservant cette possibilité aux mineurs de dix-huit ans qui accompagnent un étranger, lui-même placé en rétention.

En permettant le placement en rétention d'un mineur, du fait de la situation irrégulière dans laquelle se situe le ou les parents qu'il accompagne et dont il n'est nullement responsable, la loi permet, d'une part, l'application d'une mesure privative de liberté à l'égard d'une personne pour une cause dont il ne peut être tenu responsable et elle emporte, d'autre part, de graves conséquences sur la santé, l'intégrité psychique, voire physique de l'enfant.

Cela est autant contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant qu'à ses droits fondamentaux constitutionnellement garantis. Avant de vous en convaincre par des arguments de droit, qui relèvent tant du droit européen (b) que du droit constitutionnel (c), il convient de rappeler quelques éléments de fait (a).

a) La situation de la rétention des mineurs en France

32. Le 9 mai 2018, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a rendu un avis circonstancié sur ce sujet (*avis du 9 mai 2018 relatif à l'enfermement des enfants en centre de rétention administrative, JORF du 14 juin 2018, texte 57*). Il signale principalement l'atteinte à l'intégrité psychique que représente une incarcération pour des mineurs, quelle que soit leur situation et recommande « *que l'enfermement d'enfants soit interdit dans les [Centres de rétention administrative] et* a fortiori *dans les [Locaux de rétention administrative],* ***seule la mesure d'assignation à résidence pouvant être mise en œuvre à l'égard des familles accompagnées d'enfants*** ».

Surtout, il relève que le nombre de placements en rétention de familles avec des enfants augmente sans discontinuer depuis 2013. Ainsi, 41 enfants ont été placés en centre de rétention en 2013, 45 en 2014, 106 en 2015, 172 en 2016 et 305 en 2017. Cette augmentation s'est notablement accélérée à compter de l'année 2015. Pour les seuls quatre premiers mois de l'année 2018, ce sont 77 enfants qui ont été enfermés (*avis du 9 mai 2018 précité*).

De même, dans un avis rendu sur la question plus générale de l'enfermement des mineurs, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a également

relevé la forte augmentation du nombre de mineurs non accompagnés ou de mineurs isolés étrangers qui sont placés en centres de rétentions administratives (*Avis relatif à la privation de liberté des mineurs (assemblée plénière du 27 mars 2017, adoption à l'unanimité), JORF 1er avril 2018, texte 48, §§ 36 et 37*).

33. Auparavant, ce fut le Défenseur des droits qui, dans une décision du 8 février 2018, s'est dit « *très préoccupé par* ***les atteintes aux droits fondamentaux des enfants causées par leur enfermement*** », en réitérant « *avec fermeté son opposition au placement des enfants étrangers en centre de rétention administrative* » (*décision du Défenseur des droits n° 2018-045 du 8 février 2018*). Rendant sa décision au moment où le projet de loi allait être délibéré en Conseil des ministres, il a recommandé « *au gouvernement et au parlement de faire évoluer la législation, conformément à la Convention relative aux droits de l'enfant,* ***pour proscrire, dans toutes circonstances, le placement de familles avec enfants en centre de rétention administrative*** ».

En particulier, il a insisté sur les « ***conséquences concrètes sur la santé et le développement des enfants*** *d'un tel enfermement, fût-il de courte durée* », alors que leur enfermement opère dans des « *conditions [qui] sont nécessairement sources importantes d'angoisse pour des enfants,* ***entraînant des conséquences néfastes sur leur santé et leur développement futurs*** ». Ainsi, « *à de multiples reprises, dans ses saisines, le Défenseur des droits a constaté* ***la dégradation de l'état de santé des enfants*** *maintenus dans les centres de rétention* » (*décision n° 2018-045 précitée*).

b) *Faire évoluer votre jurisprudence : la contrariété au droit européen*

34. Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France à de multiples reprises, en raison des conditions de rétention des mineurs. Le fondement de la condamnation est principalement l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), qui prohibe la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants :

> « *Ainsi,* ***compte tenu du bas âge des enfants, de la durée de leur détention et des conditions de leur enfermement dans un centre de rétention****, la Cour estime que les autorités n'ont pas pris la mesure des conséquences inévitablement dommageables pour les enfants. Elle considère que les autorités n'ont pas assuré aux enfants un traitement compatible avec les dispositions de la Convention et que celui-ci a dépassé le seuil de gravité exigé par l'article 3 de la Convention. Partant il y a eu violation de cet article à l'égard des enfants.* »
>
> *CEDH 19 janvier 2012, aff. 37972/07 et 39474/07, Popov c./ France, § 103*

Le 12 juillet 2016, ce ne sont pas moins de cinq arrêts de cette même Cour qui ont condamné la France, pour les mêmes raisons, sur le même fondement et selon les mêmes appréciations, qui reposent sur le bas âge des enfants (6 mois et 3 ans dans l'affaire *Popov*, parfois moins dans les autres affaires), sur la durée de la rétention (qui demeure relativement brève : 15 jours dans l'affaire *Popov*, parfois moins dans les autres affaires) et les conditions d'enfermement (pourvoyant pourtant des équipements adaptés aux enfants en bas âge) [1].

35. Nous avons pleinement conscience que tous ces éléments ne justifient pas, à eux seuls et en l'état actuel de votre jurisprudence, une censure pour inconstitutionnalité.

Néanmoins, la rétention même des mineurs est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant tandis que les circonstances de son application le sont aux engagements européens de la France, débouchant sur ces nombreuses condamnations.

Certes, ce n'est que sur le plan politique que la rétention des mineurs est inacceptable. Mais c'est bien le plan juridique que le sont tout autant les condamnations de la France. C'est pourquoi, nous pensons que votre jurisprudence pourrait évoluer en matière de prise en compte du droit international et, en particulier, du droit européen.

Depuis votre célèbre jurisprudence *Interruption volontaire de grossesse* du 15 janvier 1975, nous savons *« qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »* (*décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*).

Votre raisonnement consiste à retenir que, si les dispositions de l'article 55 de la Constitution *« confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci »*. Plus précisément, *« les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition »*.

Vous l'avez confirmée à plusieurs reprises (*dernièrement décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*).

---

[1] CEDH 12 juillet 2016 : aff. 11593/12, *A. B. et autres c./ France* ; aff. 33201/11, *R. M. et autres c./ France* ; aff. 24587/12, *A. M. et autres c./ France* ; aff. 68264/14, *R. K. et autres c./ France* ; aff. 76491/14, *R. C. et V. C. c./ France*.

36. Néanmoins et parallèlement, vous l'avez assouplie dans des domaines spécifiques.

D'abord, quant au droit de vote et d'éligibilité des non nationaux citoyens de l'Union européenne aux élections municipales, vous opérez un contrôle de la loi organique qui le met en œuvre au regard non seulement de l'article 88-3 de la Constitution, mais aussi du « *paragraphe premier de l'article 8 B précité du traité instituant la Communauté européenne, relatif au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales, que la directive susmentionnée du 19 décembre 1994 prise par le conseil de l'Union européenne pour la mise en œuvre de ce droit* » (*décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*). Vous aviez déjà laissé entendre que vous procéderiez ainsi en 1992, lors de l'examen de la constitutionnalité du Traité de Maastricht (*décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne, consid. 28*).

Ensuite, quant au statut de la Nouvelle-Calédonie prévu par le Titre XIII de la Constitution, vous examinez la loi organique qui le fixe « *non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle* » (*décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*).

Enfin, quant aux directives et, dernièrement, aux règlements de l'Union européenne, vous vous assurez que les lois qui, respectivement, les transposent ou les adaptent en droit interne le font effectivement et correctement (*dernièrement décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, Loi relative à la protection du secret des affaires*). Cela vous permet, le cas échéant, d'en censurer une disposition qui ne le ferait pas ou le ferait mal (*décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie*).

Ces cas avaient généralement pour particularité de concerner des normes internationales qui bénéficiaient d'une « couverture constitutionnelle » expresse, en étant directement mentionnées par la Constitution.

37. Cependant, cette couverture expresse n'est pas systématique. Votre jurisprudence en matière de transposition des directives et d'adaptation des règlements de l'Union européenne le souligne tout particulièrement : rien, dans notre Constitution, ne faisait expressément référence à ces normes. La référence est indirecte, à travers l'article 88-1 et la mention de la participation de la République à l'Union européenne et, aujourd'hui, du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

Plusieurs auteurs soulignent ainsi que, si le principe de votre jurisprudence *IVG* est toujours maintenu, il a été progressivement et même substantiellement assoupli[2], au point

[2] Guy Carcassonne, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 du 15 janvier 1975 ? », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7 (1999) ; Jean-Philippe Derosier, « Hors-piste constitutionnel. Quand le

qu'il ne convient plus de s'interroger sur son maintien, mais « *sur la nécessité d'en conserver quelque chose* »[3].

Cela d'autant plus que les raisons la justifiant ont elles-mêmes connu des assouplissements. En effet, vous évoquiez, en 1975, le caractère absolu et définitif de vos décisions, qui s'opposerait à celui relatif et contingent des engagements internationaux, du fait de leur champ d'application limité et de la condition de réciprocité. Cependant, en 1999, vous retenez que, dans certaines conditions, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer :

> « *Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que,* ***sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international*** *; que les engagements souscrits à cette fin peuvent en particulier prévoir la création* ***d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine****, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées, et compétente pour juger les responsables de crimes d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ; qu'eu égard à cet objet, les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties ;* ***qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer*** »
>
> *Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999,*
> *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*

38. Nous pensons ainsi que, compte tenu des brèches successives dans le principe issu de la décision *IVG* de 1975, opérées depuis 1992 jusqu'à aujourd'hui, vous pourriez faire évoluer votre jurisprudence pour intégrer d'autres engagements internationaux parmi les normes de référence pour votre contrôle de constitutionnalité.

D'une part, cela ne remettrait pas en cause le principe de la décision *IVG* car les normes internationales qui ont un caractère relatif et contingent ne seraient pas concernées.

D'autre part, cela ne remettrait pas davantage en cause le fondement de la décision *IVG* car vous ne vous appuieriez pas sur l'article 55 de la Constitution, qui concerne les rapports entre les normes internationales et la loi, mais sur les quatorzième et quinzième alinéas du Préambule de 1946, à l'instar de ce que vous avez reconnu dans votre décision n° 98-408 DC précitée. En effet, l'alinéa 14 du Préambule de 1946 impose à la République française de se conformer « *aux règles du droit public international* », tandis que son alinéa 15 permet à la

---

Conseil constitutionnel décide de poser une question préjudicielle à la CJUE », in *L'État, le Droit, le Politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 227 à 241.

[3] Guy Carcassonne, précité.

France de consentir *« aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix »*.

Il résulte de la combinaison de ces deux alinéas et de l'inapplication de la réserve de réciprocité dans les conditions explicitées dans la décision n° 98-408 DC précitée, que les engagements internationaux de la France qui relèvent du droit public international et qui ont pour vocation d'organiser la défense de la paix, s'imposent constitutionnellement à « la République française », donc spécifiquement au législateur.

Parmi ces engagements, il y a notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui, matériellement, concerne les droits de l'homme et les libertés fondamentales, lesquels *« constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde »* (*alinéa 5 du Préambule de la CESDH*) et qui, formellement, établit une Cour permanente destinée à assurer le respect des engagements qui y sont inscrits (*article 19 CESDH*).

39. Enfin, cela ne nuirait en rien au contrôle de constitutionnalité que vous opérez, au contraire. D'aucuns pourraient s'émouvoir des conséquences qu'une telle reconnaissance pourraient avoir, notamment en termes d'identification des normes de référence. Pour autant, nous pensons qu'un tel argument ne tient pas, pour au moins quatre raisons.

En premier lieu, votre contrôle a tout intérêt à s'exercer également au regard de certaines normes internationales, car, en plus de renforcer la garantie des droits elles-mêmes, cela permettra une meilleure articulation entre les niveaux normatifs qui y concourent, sur laquelle vous veillerez avec les juridictions internationales compétentes, le cas échéant.

En deuxième lieu, les normes internationales susceptibles d'être intégrées demeurent réduites en nombre et facilement identifiables en droit. Ne seraient concernées que les normes qui échappent à la condition de réciprocité, donc qui ont une vocation multilatérale, dans un domaine spécifique qu'est la protection de la paix. Parmi ces dernières, ne seraient concernées que celles qui sont effectivement et pleinement contraignantes et qui sont susceptibles d'emporter des obligations à l'égard du législateur, lorsqu'il élabore la loi.

En troisième, il vous appartiendra d'identifier, au fil de vos décisions et selon les critères que vous avez déjà commencé à élaborer, les normes et engagements internationaux qui constituent des normes de référence. Vous demeurerez ainsi maître de ces dernières, comme vous l'êtes, par exemple, à l'égard des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

En quatrième et dernier lieu, spécifiquement à l'égard de la CESDH, l'intégrer maintenant dans vos normes de référence serait la réponse idoine à l'entrée en vigueur le 1er août 2018 du Protocole n° 16, vous permettant de saisir la CEDH d'une demande d'avis, conformément à aux articles 1er et 10 dudit Protocole et à la déclaration annexe du Gouvernement français qui vous désigne parmi *« les plus hautes juridictions »* à même de saisir la Cour. En effet, cela ne semble faire sens qu'à partir du moment où vous êtes en

mesure de tenir compte dudit avis et cela ne serait possible que si, lorsque vous examiner la constitutionnalité d'une loi, vous pouvez en tirer toutes les conséquences qui s'imposent à son égard.

En 1999, le Professeur Guy Carcassonne publiait un article dans vos *Cahiers*[4], dans lequel il plaidait pour une telle évolution de votre jurisprudence. Presque 20 ans plus tard, au moment où la Ve République va fêter son soixantième anniversaire, nous pensons que vous êtes en mesure de le faire. Les arguments présentés par Guy Carcassonne sont toujours aussi valables et d'une finesse qui le caractérisait. Nous les faisons nôtres et, sans reproduire ici l'article dans son ensemble, vous pouvez considérer qu'il fait partie intégrante de la saisine.

40. Ainsi, dès lors que vous admettrez d'intégrer la CESDH parmi les normes de références pour exercer votre contrôle de constitutionnalité, vous éviterez à la France les nombreuses condamnations auxquelles elle a eu droit, notamment en 2016. Cela vous conduira à retenir que la rétention des mineurs étrangers telle qu'elle est opérée en France, fussent-ils avec leurs parents, constitue un traitement inhumain et dégradant, prohibé par l'article 3 de la Convention, en raison du bas âge des enfants, de la durée de leur détention et des conditions de leur enfermement dans un centre de rétention.

Selon le raisonnement que nous vous proposons, vous en conclurez que cette contrariété à la Convention est également une contrariété à la Constitution et aux alinéas 14 et 15 du Préambule de 1946 et que le dispositif doit donc être censuré.

41. Cela pourra également vous conduire à vous saisir de dispositions législatives qui sont aujourd'hui en vigueur, puisque les alinéas 2 à 7 du III de l'article L. 551-1 du CESEDA dans sa version antérieure à la loi qui vous est déférée prévoit la possibilité qu'un mineur soit placée en rétention, lorsqu'il accompagne un adulte et sous certaines conditions relatives à ce dernier et aux centres de rétention. La seule censure de la deuxième phrase de l'alinéa 3 et de l'alinéa 4 de l'article 28 de la loi déférée ne permettant pas d'interdire tout placement en rétention d'un mineur.

Toutefois, depuis votre jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, vous acceptez d'examiner, même dans le cadre d'un contrôle *a priori*, les *« termes d'une loi promulguée [...] à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »* (*décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*). Vous opérez un tel contrôle même depuis l'entrée en vigueur de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, allant ainsi jusqu'à censurer, lors d'un recours fondé sur l'article 61 de la Constitution, des dispositions législatives en vigueur (*décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*).

---

[4] Guy Carcassonne, précité.

Vous pourrez donc également censurer les alinéas 2 à 7 du III de l'article L. 551-1 du CESEDA, dans sa version antérieure à la loi contestée.

c) Assurer la protection de l'enfant : la contrariété au droit constitutionnel

42. Si toutefois vous ne deviez pas souscrire au raisonnement que nous vous exposons, vous devrez censurer ces mêmes dispositions de l'article 28 de la loi déférée en ce qu'ils sont contraires à la Constitution. En effet, cette loi, qui permet et maintient la rétention des mineurs, viole les dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946.

D'une part, en vertu du dixième alinéa du Préambule de 1946, *« la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement »*. Vous en déduisez l'existence d'un droit à mener une vie familiale normale, lequel bénéficie également aux étrangers (*décision 2017-674 QPC précitée*).

De même, vous retenez qu'il résulte de cet alinéa l'exigence constitutionnelle de prendre en considération l'intérêt de l'enfant, notamment en matière d'adoption (*décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*). Même si vous n'avez pas encore eu l'occasion d'appliquer cette exigence à d'autres domaines, il ne ressort ni de la Constitution ni de votre jurisprudence que l'intérêt de l'enfant ne doive être considéré qu'en matière d'adoption.

D'autre part, en vertu du onzième alinéa du Préambule de 1946, *« [la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé »*. Il en résulte, notamment lorsqu'il est combiné à l'alinéa précédent, *« la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées »* (*décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010*).

En particulier, à l'égard de l'enfant, cela implique de ne pas le placer dans des situations susceptibles de nuire gravement à leur santé.

43. Or il est constant que le placement en rétention des mineurs, notamment en très bas âge (à peine quelques semaines ou mois, parfois), a des conséquences particulièrement néfastes sur leur développement et leur épanouissement. C'est notamment ce que rappellent et dénoncent les avis et décisions mentionnés *supra* (points 32 et 33 de la présente saisine) et ce qui a justifié les condamnations de la France par la CEDH.

Il s'avère ainsi qu'une telle mesure, sous couvert de vouloir préserver l'intérêt des enfants en ne les séparant pas de leurs parents lorsque ces derniers sont placés en rétention, portent en réalité atteinte à leur droit à mener une vie familiale normale et à la protection de leur santé, ayant ainsi l'effet inverse de celui escompté, en nuisant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ainsi que nous l'avons déjà relevé (points 28 et 29 de la présente saisine), nous savons qu'*« aucun 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 »* et qu'il appartient au législateur *« d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République »* (*décision 2017-674 QPC précitée*).

De même, nous savons que vous ne disposez pas *« d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »* et qu'il ne vous appartient donc pas *« de rechercher si le but que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif »* (*décision n° 2013-671 DC du 6 juin 2013, Loi portant prorogation du mandat des membres de l'Assemblée des Français de l'étranger*).

Toutefois, en l'espèce, il convient de souligner quatre points, qui justifient la censure de ce dispositif, au nom de la violation des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946.

En premier lieu, les mineurs placés en rétention ne le sont pas pour une raison propre à leur comportement, mais du fait du comportement de leurs parents, dont ils ne sauraient être tenus responsables, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de nourrissons. En deuxième lieu, il ne s'agit pas de cas isolés et marginaux, le nombre de mineurs placés en rétention avec leurs parents s'élevant à plusieurs centaines par an et allant croissant d'année en année. En troisième lieu, les experts et autorités compétentes relèvent officiellement les conséquences néfastes de telles mesures de rétention sur la santé, le développement et l'épanouissement des mineurs, alors même que la durée est restreinte (parfois quelques jours) et que les centres sont spécialement équipés. En quatrième lieu, cela emporte des conséquences juridiques substantielles puisque la France a été condamnée à de multiples reprises par la CEDH, dans ces circonstances spécifiques.

C'est pourquoi, les dispositions litigieuses doivent être déclarées contraires aux alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946. Par voie de conséquence et selon le raisonnement que nous vous avons exposé *supra* (§ 41 de la présente saisine), vous censurerez également les alinéas 2 à 7 du III de l'article L. 551-1 du CESEDA, dans sa version antérieure à la loi contestée.

44. À défaut et *a minima*, eu égard à la situation que nous vous avons exposée, dénoncée officiellement par le Défenseur des droits, le CGLPL et la CNCDH, qui a donné lieu à de multiples condamnations de la France par la CEDH, vous pourrez émettre une réserve d'interprétation réduisant la portée des dispositions litigieuses et interdisant que des mineurs de moins de treize ans puissent être placés en rétention, pour quelque raison que ce soit.

Vous ne feriez alors qu'application, par extension, des principes constitutionnels applicables en matière de justice pénale des mineurs, certes différents dans leurs fondements et leurs motivations, mais comparables, en l'espèce, dans leurs effets. Cela vous

a conduit à censurer la possibilité de recourir à la garde à vue pour des mineurs de moins de treize ans, alors que le dispositif n'apportait pas de garanties légales suffisantes aux exigences constitutionnelles découlant de l'article 9 de la Déclaration de 1789 (*décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*).

F) L'allongement de la durée de rétention

45. L'article 29 de la loi qui vous est déférée modifie l'article L. 551-1 et suivants du CESEDA, relatifs au placement et au maintien en rétention des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. En particulier, il permet d'allonger la durée maximale de la rétention à 90 jours, au lieu de 45 jours en l'état actuel du droit.

Le placement en rétention d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement est ainsi constitutionnellement permis et d'ores et déjà possible. Vous avez déjà eu à en examiner la constitutionnalité et, si vous l'admettez, c'est à la condition, toutefois, de respecter le principe de liberté individuelle, garanti par l'article 66 de la Constitution, qui en confie la protection à l'autorité judiciaire. En particulier, vous retenez « *que le placement en rétention* ***d'un étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire*** *doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel* ***la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire*** » (*décision n° 2011-631 DC précitée*).

Vous ajoutez d'autres conditions que le législateur doit respecter :

> « *Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les exigences d'une bonne administration de la justice et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figure la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ;* ***que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis*** ».
>
> *Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, précitée*

Ainsi, pour que le placement en rétention d'un étranger soit conforme à la Constitution, il doit d'abord être justifié soit par la prévention d'atteintes à l'ordre public, à la condition qu'elle soit elle-même nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle, soit par les exigences de bonne administration de la justice. Ensuite, s'il entrave, par nature, la liberté individuelle, il ne saurait le faire selon une rigueur qui ne soit pas nécessaire, ce qui signifie que le placement en rétention doit être adapté, nécessaire et proportionné aux objectifs poursuivis. Vous l'avez encore rappelé très récemment (*décision*

n° 2018-762 DC du 15 mars 2018, Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen).

46. L'extension à 90 jours de la durée maximale de la rétention apparaît manifestement non nécessaire et disproportionnée.

Elle n'est ni nécessaire ni proportionnée car, en l'état actuel du droit, la durée moyenne de rétention est de douze jours (*Étude d'impact du projet de loi, p. 118*), soit nettement en-deçà de la durée maximale actuelle de 45 jours. Il est vrai qu'elle reste conforme à la directive applicable (qui fixe un maximum de 6 mois) et qu'une rétention maximale de 90 jours demeure inférieure à la moyenne européenne.

Néanmoins, c'est justement cette moyenne européenne qui est explicite. Si quatre pays fixent une durée maximale de rétention inférieure ou égale à 90 jours (Espagne, France, Islande et Italie), sept pays, parmi les douze qui ont communiqué cette donnée, ont une durée moyenne de rétention inférieure ou égale à 45 jours (Belgique, Espagne, France, Hongrie, Italie, Luxembourg et Suède), tandis qu'un seul, la Grèce, connaît une durée moyenne supérieure à 90 jours.

47. Au-delà de ce comparatif européen, c'est bien au regard des objectifs poursuivis qu'il convient d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de cette atteinte à la liberté individuelle.

Ainsi, le Gouvernement précise que l'objectif de cette prolongation est « *de répondre aux situations identifiées dans lesquelles la durée maximale de la rétention de 45 jours ne permet pas de procéder à l'éloignement* » (*Étude d'impact du projet de loi, p. 120*).

Pourtant, les chiffres parlent d'eux-mêmes.

Certes, le Gouvernement indique que le maintien en rétention au-delà de cette période de 12 jours n'est pas sans effet quant à l'éloignement des personnes concernées, puisque, en 2017, 32,25% des éloignements effectifs ont été réalisés après 15 jours de rétention, tandis que 10,54% d'entre eux l'ont été après 30 jours de rétention (*Étude d'impact du projet de loi, p. 119*). Cela confirme toutefois le caractère nettement décroissant de ce nombre, à mesure que l'on s'approche de la limite des 45 jours maximum.

Mais surtout, seuls 635 étrangers, sur un total de 26 055 personnes qui ont été placées en rétention administrative en métropole en 2017, ont été remis en liberté du fait de la non-obtention d'un document de voyage permettant leur reconduite vers leur pays d'origine, à l'expiration de la durée maximale de 45 jours. Cela représente un taux de 2,44%.

Le chiffre est donc clair : l'allongement de la durée de rétention ne concernerait que 2,44% des cas. Une telle atteinte à la liberté individuelle apparaît-elle nécessaire ? Nous ne le pensons pas.

Plus précisément, le principal objectif avancé par le Gouvernement est que l'allongement de la durée maximale de la rétention peut être de nature à permettre d'améliorer la délivrance des laisser-passer consulaires et, par conséquent, l'exécution des mesures d'éloignement (*Étude d'impact du projet de loi, p. 120*). Ce point relève davantage de l'invocation que d'un examen rationnel.

À l'inverse, un tel examen, tel qu'il a été présenté par notre collègue François-Noël Buffet sur la mission « *Asile, immigration, intégration et nationalité* » du projet de loi de finances pour 2018, se révèle fort explicite. Il fait apparaître que le nombre de laissez-passer obtenus hors délai, c'est-à-dire ceux pour lesquels un allongement de la durée de rétention pourrait avoir un effet, s'élève à seulement 170 pour l'année 2016.

Par conséquent, l'allongement de la durée maximale de rétention d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement est contraire au principe de liberté individuelle, tel que garanti par l'article 66 de la Constitution, en ce qu'il n'est ni nécessaire ni proportionné au regard des objectifs poursuivis. Vous censurerez donc ces dispositions de la loi qui vous est déférée.

G) Le rétablissement du « délit de solidarité »

48. L'article 38 de la loi qui vous est déférée modifie l'article L. 622-4 du CESEDA, relatif à la pénalisation de l'aide apportée à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France, plus communément appelé « délit de solidarité ». Il s'agit de tenir compte de l'une de vos décisions qui a partiellement censuré le premier alinéa de cet article L. 622-4 (*décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre*).

Par cette décision, déjà rangée parmi vos « grandes décisions », vous avez expressément reconnu le principe constitutionnel de fraternité, découlant de l'article 2 de la Constitution. Il en découle notamment « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* ». Cela vous a conduit à censurer le dispositif actuel de l'article L. 622-4 du CESEDA, avec effet différé au 1er décembre 2018, en ce qu'il réprimait « *toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire* ».

Sans abroger le « délit de solidarité », vous imposiez au législateur de le revoir en profondeur.

Pour l'évoquer en termes simples, il ne s'agirait de sanctionner que ceux qui tirent délibérément profit des situations de détresse des étrangers, en les « aidant » contre rémunération : ce sont ceux que l'on appelle communément les « passeurs ». Mais il ne s'agirait pas de sanctionner ceux qui le font dans un but exclusivement humanitaire.

49. Or à travers les modifications opérées par l'article 38 litigieux, le législateur ne tient pas pleinement compte de votre décision. Ainsi, cet article constitue une nouvelle violation du principe de fraternité, issu de l'article 2 de la Constitution.

La nouvelle rédaction limite l'exemption à la seule « circulation et au séjour irréguliers d'un étranger », excluant ainsi l'aide à son entrée irrégulière. S'il est vrai, comme vous le mentionnez dans votre décision précitée, que l'aide apportée à son entrée a pour conséquence de faire naître une situation illicite, il est des cas où elle peut se justifier, en particulier pour des raisons humanitaires (dignité de la personne, intégrité physique, sauvetage de sa vie, etc.), par exemple à l'égard des personnes vulnérables ou en position de détresse (femmes, enceintes ou non, mineurs, personnes âgées ou malades).

Des personnes physiques ou morales, dans le cadre d'une action strictement militante et humanitaire, apportent ainsi leur aide bénévolement à ces personnes étrangères, qui sont alors des victimes (en particulier lorsqu'il s'agit de demandeurs d'asile), sans s'interroger sur l'aspect pénalement répréhensible de leur acte. Or vous avez précisé que le principe de fraternité couvrait une double dimension : d'une part, la solidarité et, d'autre part, la tolérance *« à l'égard, par exemple, des formes d'entraide* ***apportées à des personnes en détresse*** ***en dépit de leur caractère délictueux*** *»* (*Commentaire de la décision n° 2018-717/718 précitée, p. 19*).

Il est vrai que l'article 122-7 du code pénal tient compte de l'état de nécessité, en exonérant de sa responsabilité pénale *« la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien »*. Toutefois, faute de le mentionner expressément à l'article L. 622-4 du CESEDA, nous pensons que l'aide à l'entrée sur le territoire d'un étranger pourrait être pénalement poursuivie, comme c'est d'ailleurs déjà le cas, alors même qu'elle est dispensée dans un but humanitaire.

Par conséquent, une telle aide à l'entrée de l'étranger sur le territoire national peut se justifier au regard du principe constitutionnel de fraternité et l'exclure revient dès lors à violer la Constitution. C'est pourquoi, l'article 38 de la loi qui vous est déférée devra être déclaré contraire à la Constitution.

Pour tous ces motifs et ceux que vous relèveriez d'office, les requérants vous invitent à censurer les dispositions contestées de la loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

Nous vous prions, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil constitutionnel, d'agréer l'expression de notre haute considération.