

Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011

Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité

Le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a été délibéré en conseil des ministres le 31 mars 2010. Il a été adopté par l'Assemblée nationale et le Sénat en première lecture respectivement les 12 octobre 2010 et 10 février 2011 puis, en deuxième lecture, les 15 mars et 14 avril 2011. Après la réunion d'une commission mixte paritaire (CMP), le 4 mai 2011, la loi a été définitivement adoptée par les deux assemblées le 11 mai 2011.

Elle a été déférée par plus de soixante députés et soixante sénateurs au Conseil constitutionnel. C'est de manière régulière que ce dernier a été saisi, depuis plus de trente ans, des lois relatives à l'immigration : 1980, 1986, 1989, 1992, 1997, 1998, 2003, 2006, 2007¹.

L'objet principal de la présente loi était de transposer trois directives marquant l'aboutissement d'une double impulsion. D'une part, la Commission de l'Union européenne a lancé en 2005 le programme d'action favorisant l'immigration légale. D'autre part, lors de la présidence française de l'Union européenne, le Conseil européen des 15 et 16 octobre 2008 a adopté un « pacte européen sur l'immigration et l'asile ». Ce document politique comprenait cinq actions :

– organiser l'immigration légale en tenant compte des priorités, des besoins et des capacités d'accueil déterminés par chaque État membre et favoriser l'intégration ;

¹ Décisions n°s 79-109 DC du 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration* ; 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France* ; 89-266 DC du 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ; 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ; 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* ; 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile* ; 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* ; 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration* ; 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

- lutter contre l’immigration irrégulière, notamment en assurant le retour, dans leur pays d’origine ou vers un pays de transit, des étrangers en situation irrégulière ;
- renforcer l’efficacité des contrôles aux frontières ;
- bâtir une Europe de l’asile ;
- créer un partenariat global avec les pays d’origine et de transit favorisant les synergies entre les migrations et le développement.

Les trois directives adoptées en 2008 et 2009 sont :

- la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite « directive retour » ;
- la directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d’entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d’un emploi hautement qualifié, dite « directive carte bleue » ;
- la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009, prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l’encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite « directive sanction ».

Par ailleurs, la loi a tenu compte des conclusions de la commission présidée par Pierre Mazeaud sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d’immigration².

Les sénateurs et députés requérants contestaient la conformité à la Constitution des articles 2 (conditions de naturalisation), 4 (déclaration de celui qui accède à la nationalité française), 10 (extension de la zone d’attente), 12 (purge des nullités en matière de prolongation du maintien en zone d’attente), 13 (délai d’examen par le juge des libertés et de la détention et garanties de représentation), 16 (allongement du délai permettant au parquet de présenter une demande tendant à voir déclarer son appel suspensif), 26 (conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire accordée pour raisons de santé), 33 (pénalisation des « mariages gris »), 37 (obligation de quitter le territoire

² Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d’immigration, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, juillet 2008.

français), 40 (exclusion de l'obligation de quitter le territoire français pour raison de santé), 44 (rétention administrative), 47 (assignation à résidence), 51 (prolongation de la rétention), 56 (durée de la rétention administrative), 57 (purge des nullités en matière de prolongation de la rétention administrative), 58 (allongement du délai permettant au parquet de présenter une demande tendant à voir déclarer son appel suspensif), 70 (exclusion de l'expulsion pour raisons de santé), 94 (mesures pénales), 95 (aide juridictionnelle) et 98 (utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle pour les requérants situés outre-mer) de la loi. En outre, les députés contestaient la procédure de son adoption. Ils demandaient également au Conseil, sans formuler de grief particulier, de vérifier la conformité à la Constitution des articles 73 à 88 (dispositions relatives à la protection des droits sociaux et pécuniaires des étrangers sans titres et à la répression de leurs employeurs).

Saisi le 17 mai 2011, le Conseil constitutionnel a reçu les observations du Gouvernement le 27 mai 2011 et, de manière inédite, des observations du président de l'Assemblée nationale, le 25 mai 2011. Les députés et sénateurs requérants ont transmis des observations en réplique le 31 mai 2011.

Dans sa décision n° 2011-631 du 9 juin 2011, le Conseil constitutionnel a validé la procédure d'adoption de la loi ainsi que ses articles 2, 4, 12, 13, 16, 26, 33, 40, 47, 57, 58, 70, 73 à 88, 94, 95 et 98. Il a déclaré conformes à la Constitution, en les assortissant de réserves d'interprétation, les articles 44 et 51. Il a, enfin, déclaré contraire à la Constitution, à l'article 56, la dernière phrase du quatrième alinéa de l'article L. 551-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

I. – La procédure d'adoption de la loi

Les députés requérants critiquaient la procédure d'adoption de la loi et, en particulier, la façon dont avait été examinée l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, la fixation des temps de parole du débat à l'Assemblée nationale et, enfin, l'adoption d'un amendement après la réunion de la CMP.

Pour répondre à ces griefs et, en particulier, à celui portant sur la fixation des temps de parole, le président de l'Assemblée nationale a produit des observations, enregistrées le 25 mai 2001. Cette procédure était inédite. En effet, si le président du Sénat avait déjà présenté des observations à l'occasion de la décision n° 68-35 DC du 30 janvier 1968 sur la loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux, il s'agissait alors de répondre à la saisine du Premier ministre.

A. – La question de l'étude d'impact

Après plusieurs expériences qui n'avaient pas donné entièrement satisfaction³, le recours aux études d'impact sous une forme renouvelée avait été préconisé, en 2008, par le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République afin de « *mieux préparer la loi* ».

Dans la suite de ces préconisations, le constituant a, lors de la révision du 23 juillet 2008, inséré dans l'article 39 de la Constitution deux alinéas 3 et 4 ainsi rédigés :

« La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.

« Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours. »

La loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution a, dans son article 8, fait application de ces dispositions constitutionnelles en disposant, notamment, que « *les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État* », qu'« *ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent* » et « *définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation* ». L'article 8 définit également, sous forme d'énumération, les différents éléments que l'étude d'impact doit comporter : articulation avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, état d'application du droit, modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales...

³ Voir, notamment, sur cette question le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* de la 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*.

Dans sa décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 relative à la loi organique relative à l'application de l'article 39 de la Constitution⁴, le Conseil a censuré la précision selon laquelle l'étude d'impact devait être engagée « *dès le début de l'élaboration* » d'un projet de loi. Puis, selon une première réserve, il a précisé que l'exigence de procéder à une étude correspondant à chacune des rubriques énumérées par l'article 8 ne s'imposait que pour celles de ces rubriques qui apparaissaient pertinentes au regard de l'objet de la loi. Selon une deuxième réserve, il a estimé que, dans le cas où un projet de loi serait déposé sans être accompagné d'une étude d'impact satisfaisant en totalité ou en partie aux prescriptions de l'article 8, il apprécierait le respect de ces dispositions au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation. Enfin, il a censuré la disposition imposant que l'étude d'impact expose les « *orientations principales* » des textes d'application nécessaires « *et le délai prévisionnel de leur publication* ».

Dans sa décision n° 2010-608 DC du 24 juin 2010 sur la loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental, jugeant des dispositions aux termes desquelles : « *La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique. – Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours* », il a réitéré les deux réserves faites dans sa décision sur la loi organique relative à l'application de l'article 39 de la Constitution⁵.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur la mise en œuvre de ces dispositions constitutionnelles et organiques.

Dans sa décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, il a rappelé que l'étude d'impact ne s'imposait qu'à l'occasion d'un dépôt d'un projet de loi et non lors de la présentation d'un amendement⁶.

Auparavant, dans sa décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010, il a jugé que les dispositions organiques relatives aux études d'impact n'interdisent pas

⁴ 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*.

⁵ Décision n° 2010-608 DC du 24 juin 2010, *Loi organique relative au Conseil économique, social et environnemental (CESE)*, cons 11 et 12.

⁶ Décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, cons. 4.

qu'une étude d'impact soit commune à plusieurs projets de loi ayant un objet analogue⁷.

Dans le cas d'espèce, les députés requérants estimaient que « *l'étude d'impact n'a pu être contestée par les députés (...) du simple fait qu'aucune Conférence des Présidents n'a été convoquée dans les dix jours suivants son dépôt* ». Ils en déduisaient que « *la sincérité des débats n'a pu, par suite, être assurée* ».

L'article 9 de la loi organique du 15 avril 2009 dispose, d'une part, que « *la Conférence des présidents de l'assemblée sur le bureau de laquelle le projet de loi a été déposé dispose d'un délai de dix jours suivant le dépôt pour constater que les règles fixées par le présent chapitre sont méconnues* » et, d'autre part, que, « *lorsque le Parlement n'est pas en session, ce délai est suspendu jusqu'au dixième jour qui précède le début de la session suivante* ». Ces dispositions sont reprises à l'article 47-1 du règlement de l'Assemblée nationale.

Le Parlement étant en session, la suspension du délai ne trouvait pas à s'appliquer à la première lecture de la loi déferée. Restait à calculer le délai qui a séparé le dépôt du projet de loi, accompagné de son étude d'impact, de la réunion de la Conférence des présidents, seule compétente, aux termes de la Constitution, pour juger du respect des règles relatives à l'étude d'impact.

Le projet de loi a été enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 31 mars 2010⁸. Dans ses observations le Gouvernement précise que « *le projet de loi et l'étude d'impact l'accompagnant ont été mis en ligne sur le site de l'Assemblée nationale dès le vendredi 2 avril 2010* ».

Une réunion de la Conférence des présidents s'est tenue le 6 avril 2010. Ainsi, contrairement à ce que faisaient valoir les requérants, une réunion, à l'occasion de laquelle l'étude d'impact aurait pu être contestée, a bien eu lieu dans les dix jours du dépôt de cette dernière. Dès lors, le grief invoqué manquait en fait.

⁷ Décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, cons. 3 à 5.

⁸ Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, Assemblée nationale, XIII^e législature, document n° 2400 ; cahier annexe au compte rendu de la deuxième séance du 31 mars 2010, *Journal officiel Débats Assemblée nationale*, 1^{er} avril 2010, p. 12.

B. – La fixation des temps de parole à l’Assemblée nationale

Les députés requérants, dans leur contestation de la procédure parlementaire, mettaient également en cause, comme ils l’avaient fait dans leur saisine sur la loi portant réforme des retraites⁹, la mise en œuvre du « temps législatif programmé », procédure qui n’existe qu’à l’Assemblée nationale et qui permet à la Conférence des présidents de cette assemblée de fixer la durée maximale de l’examen de l’ensemble d’un texte, ce qui implique de déterminer à l’avance le temps global de parole de chaque groupe et, le cas échéant, si ce temps de parole est épuisé, d’en faire respecter le terme.

Cette procédure trouve son fondement dans la loi organique du 15 avril 2009, contrôlée par le Conseil constitutionnel¹⁰ et qui trouvait elle-même son fondement dans la modification, apportée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, de l’article 44, alinéa 1^{er}, de la Constitution¹¹.

Inscrite à l’article 49, alinéas 5 à 13, du règlement de l’Assemblée, elle reprend, pour l’essentiel, un dispositif qui figurait dans le règlement de l’Assemblée nationale validé par le Conseil en 1959, qui reprenait lui-même des dispositions qui existaient dans le règlement de l’Assemblée nationale de la IV^e République. Les termes desdits alinéas sont les suivants :

« 5. La conférence peut également fixer la durée maximale de l’examen de l’ensemble d’un texte. Dans ce cas, est applicable la procédure prévue aux alinéas suivants.

« 6. Un temps minimum est attribué à chaque groupe, ce temps étant supérieur pour les groupes d’opposition. Le temps supplémentaire est attribué à 60 % aux groupes d’opposition et réparti entre eux en proportion de leur importance numérique. Le reste du temps supplémentaire est réparti entre les autres groupes en proportion de leur importance numérique. La conférence fixe également le temps de parole réservé aux députés non inscrits, lesquels doivent disposer d’un temps global au moins proportionnel à leur nombre.

« 7. La présentation des motions et les interventions sur les articles et les amendements ne sont pas soumises aux limitations de durée fixées par les articles 91, 95, 100, 108 et 122.

⁹ Décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*.

¹⁰ 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*, cons. 40 à 42.

¹¹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

« 8. Toutes les interventions des députés, à l'exception de celles des présidents des groupes, dans la limite d'une heure par président de groupe ou, lorsque le temps réparti en application de l'alinéa 6 du présent article est supérieur à quarante heures, dans la limite de deux heures par président de groupe, du président et du rapporteur de la commission saisie au fond et, le cas échéant, des rapporteurs des commissions saisies pour avis, sont décomptées du temps réparti en application de l'alinéa 6. Est également décompté le temps consacré à des interventions fondées sur l'article 58, alinéa 1, dès lors que le Président considère qu'elles n'ont manifestement aucun rapport avec le Règlement ou le déroulement de la séance. Est également décompté le temps consacré aux suspensions de séance demandées par le président d'un groupe ou son délégué sur le fondement de l'article 58, alinéa 3, sans que le temps décompté puisse excéder la durée demandée.

« 9. Selon des modalités définies par la Conférence des présidents, un président de groupe peut obtenir, de droit, que le temps programmé soit égal à une durée minimale fixée par la Conférence des présidents.

« 10. Une fois par session, un président de groupe peut obtenir, de droit, un allongement exceptionnel de cette durée dans une limite maximale fixée par la Conférence des présidents.

« 11. Si un président de groupe s'y oppose, la conférence ne peut fixer la durée maximale de l'examen de l'ensemble d'un texte lorsque la discussion en première lecture intervient moins de six semaines après son dépôt ou moins de quatre semaines après sa transmission.

« 12. Si la Conférence des présidents constate que la durée maximale fixée pour l'examen d'un texte est insuffisante, elle peut décider de l'augmenter.

« 13. Chaque député peut prendre la parole, à l'issue du vote du dernier article du texte en discussion, pour une explication de vote personnelle de cinq minutes. Le temps consacré à ces explications de vote n'est pas décompté du temps global réparti entre les groupes, par dérogation à la règle énoncée à l'alinéa 8. »

Ces dispositions de l'article 49 du règlement de l'Assemblée résultant de la résolution n° 292 du 27 mai 2009 ont été déclarées conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 25 juin 2009, sous réserve, *« en premier lieu, que, lorsqu'une durée maximale est décidée pour l'examen de l'ensemble d'un texte, cette durée ne saurait être fixée de telle manière qu'elle prive d'effet les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire ; qu'il en va de même dans la fixation du temps de discussion supplémentaire accordé*

à la demande d'un président de groupe, aux députés lorsqu'un amendement est déposé par le Gouvernement ou la commission après l'expiration des délais de forclusion ; (...) en second lieu, que, si la fixation de délais pour l'examen d'un texte en séance permet de décompter le temps consacré notamment aux demandes de suspension de séance et aux rappels au règlement, les députés ne peuvent être privés de toute possibilité d'invoquer les dispositions du règlement afin de demander l'application de dispositions constitutionnelles »¹².

En l'espèce, le grief des députés requérants était divisé en deux branches qui se rejoignaient pour contester la clarté et la sincérité des débats ayant conduit à l'adoption de la loi déferée.

Selon la première branche du grief, le « temps législatif programmé », en première lecture à l'Assemblée nationale, aurait été insuffisant pour assurer la clarté et la sincérité du débat.

Le temps de parole global a été fixé par la Conférence des présidents à trente heures. Le groupe de l'Union pour un mouvement populaire (UMP) disposait de huit heures et trente minutes, le groupe Socialiste, radical et citoyen (SRC) de onze heures et vingt-cinq minutes, le groupe de la Gauche démocratique et républicaine (GDR) de cinq heures et vingt-cinq minutes, le groupe Nouveau Centre de quatre heures et vingt minutes et les huit députés non inscrits de cinquante minutes.

En la matière, le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle de l'« erreur manifeste », celle qui conduirait la conférence à fixer une durée si insuffisante qu'elle priverait d'effet les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Il a jugé qu'en l'espèce, ce n'était pas le cas.

Le président de l'Assemblée nationale, dans ses observations transmises au Conseil constitutionnel, relevait que le nombre d'amendements en discussion, soit cinq cent quarante-cinq, était certes important, mais moindre que pour beaucoup d'autres textes également soumis à une durée de trente heures. Ainsi, la discussion de la loi portant réforme des retraites, dont le Conseil constitutionnel a validé expressément la procédure d'adoption, avait donné lieu, en première lecture, à la discussion de cinq cent quatre-vingt dix-sept amendements¹³.

Selon la seconde branche du grief exposé à l'encontre de l'application du « temps législatif programmé », l'ampleur des modifications apportées en

¹² Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 25 et 26.

¹³ Décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010 précitée, cons. 4.

commission et du nombre d'amendements déposés en séance aurait dû conduire à la fixation d'un temps supplémentaire déterminé sur le fondement des dispositions précitées du douzième alinéa de l'article 49 du règlement. À cette fin, les requérants rappelaient que le président du groupe SRC avait, sans obtenir satisfaction, demandé au président de l'Assemblée nationale, par un courrier du 4 octobre 2010, l'augmentation de la durée maximale d'examen du projet de loi.

Le Conseil, dans sa décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, a rappelé que la compétence pour décider de l'octroi d'un temps de parole supplémentaire appartient à la Conférence des présidents. Puis, il a constaté que les débats parlementaires montraient qu'une réunion de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale avait été spécialement convoquée, le 6 octobre 2010, pour examiner l'éventuel octroi d'un temps supplémentaire, mais que l'opposition n'ayant été ni présente ni représentée lors de cette réunion, ladite conférence n'avait pu décider de la fixation d'un tel temps de parole¹⁴. En conséquence, il a écarté le grief tiré de l'absence de fixation d'un temps de parole supplémentaire.

Au demeurant, la Conférence des présidents avait tenu sa réunion habituelle du mardi, le 5 octobre 2010. Les débats parlementaires montraient également que, les demandeurs d'un temps supplémentaire de parole n'étant ni présents ni représentés à cette réunion, la Conférence des présidents n'avait pu statuer sur cette question¹⁵.

C. – L'adoption d'un amendement après la commission mixte paritaire

Les députés requérants formulaient un troisième grief tiré de l'invocation d'une potentielle contradiction entre, d'une part, le rejet d'une motion de rejet préalable présentée en CMP destinée à relever la non-conformité du projet à la Constitution et, d'autre part, l'adoption, après la réunion de la CMP, d'un amendement destiné à assurer la conformité du texte à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a rappelé son considérant de principe sur « l'entonnoir » qui n'autorise, après la première lecture, que les adjonctions ou modifications en relation directe avec une disposition restant en discussion, sous trois réserves : les modifications ou adjonctions destinées à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen, celles permettant de corriger une erreur matérielle et, enfin, celles destinées à assurer le respect de la Constitution.

Ainsi, le législateur pouvait, sans méconnaître ces exigences, rejeter une motion de rejet préalable et assurer, par la suite, la conformité à la Constitution du texte

¹⁴ Première séance du 6 octobre 2010, *Journal officiel Débats Assemblée nationale*, 7 octobre 2010, p. 6637.

¹⁵ Deuxième séance du 5 octobre 2010, *Journal officiel Débats Assemblée nationale*, 6 octobre 2010, p. 6547.

de la CMP en discussion par l'adoption d'un amendement. Au demeurant, l'adoption de la motion de rejet préalable aurait eu pour résultat d'interdire aux assemblées de corriger l'éventuelle inconstitutionnalité que cette motion aurait dénoncée.

Après avoir écarté les griefs relatifs à la procédure parlementaire, le Conseil constitutionnel a examiné, au fond, les articles spécialement contestés par les requérants.

II. – Les dispositions relatives à la nationalité

Les sept premiers articles de la loi modifient les dispositions du code civil relatives à la nationalité. Le Gouvernement avait déposé un amendement modifiant l'article 25 du code civil qui rendait possible la déchéance de la nationalité française pour les auteurs de meurtre ou de violences volontaires ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner contre les dépositaires de l'autorité publique. L'article 3 *bis* issu de cet amendement, qui avait donné lieu à d'importants débats, notamment sur sa constitutionnalité, a finalement été supprimé en deuxième lecture à l'Assemblée nationale.

En définitive, seuls les articles 2 et 4 de la loi étaient contestés.

A. – L'article 2

L'article 21-24 du code civil disposait : « *Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française et des droits et devoirs conférés par la nationalité française.* »

L'article 2 de la loi complète notamment cet article par un second alinéa ainsi rédigé : « *À l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française.* »

Le renvoi de l'approbation à un décret en Conseil d'État de cette charte des droits et devoirs du citoyen français a été critiqué par l'opposition. Louis Mermaz, sénateur, a ainsi indiqué (Sénat, débats, 3 février 2011) : « *Lorsque vous prévoyez pour la définition du contenu de cette charte un simple décret en Conseil d'État, vous faites fi d'une compétence essentielle du Parlement. Je vous renvoie à l'article 34 de la Constitution : " La loi fixe les règles (...)*

concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. ". »

C'est cette critique qui était reprise dans la saisine des requérants qui dénonçaient, en outre, la méconnaissance du principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Sur ce dernier grief, le Conseil a constaté que les dispositions contestées n'étaient ni obscures ni ambiguës. S'agissant du grief d'incompétence négative, si la charte approuvée par décret avait eu un contenu normatif propre, la critique n'eût pas été sans force. Cependant, l'article 2 de la loi déférée prévoit que cette charte « rappelle » les principes, valeurs et symboles essentiels de la République. Comme l'avait souligné François-Noël Buffet, rapporteur au Sénat : « Cette charte n'a, il faut le rappeler, aucune valeur normative et ne relève pas, pour cette raison, de la compétence du législateur »¹⁶.

Le Conseil a jugé que, dès lors que la charte a un simple caractère reconnaissant, l'article 2 de la loi n'est pas frappé d'incompétence négative. Il l'a déclaré conforme à la Constitution.

B. – L'article 4

L'article 4 insère dans le code civil un article 21-27-1 applicable à toute personne qui acquiert la nationalité française par décision de l'autorité publique ou par déclaration. Il dispose que cette personne indique à l'autorité compétente la ou les nationalités qu'elle possède déjà, la ou les nationalités qu'elle conserve en plus de la nationalité française ainsi que la ou les nationalités auxquelles elle entend renoncer.

Les requérants formulaient deux griefs à l'encontre de cette disposition : d'une part, elle aurait créé une différence de traitement entre les Français ayant acquis la nationalité française par la naissance et ceux qui l'ont acquise par une autre voie ; d'autre part, elle soumettrait les candidats à la nationalité française à une obligation dont ils ne sont pas en mesure de pouvoir s'acquitter compte tenu de la législation étrangère régissant la ou les autres nationalités.

Ce dernier grief suggérait que la disposition imposait aux personnes acquérant la nationalité française de s'engager à l'égard des autorités françaises quant à la conservation ou au maintien d'une autre nationalité, laquelle dépend d'une législation et d'autorités étrangères. Toutefois, telle n'est pas la portée de cette disposition qui prévoit seulement une formalité déclarative.

¹⁶ Séance du 3 février 2011, *Journal officiel Débats Sénat*, 4 février 2011, p. 839.

S'agissant du grief tiré de la violation du principe d'égalité, le Conseil a relevé que la disposition en cause ne crée pas de distinction entre Français. Elle n'institue pas même un traitement de données à caractère personnel des autres nationalités conservées par les personnes ayant acquis la nationalité française autrement que par la naissance. Il s'agit d'une déclaration attachée à la procédure d'acquisition de la nationalité française et qui est destinée à permettre aux autorités françaises de disposer d'informations sur le phénomène des plurinationaux. Le Conseil a donc estimé qu'elle ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle et a déclaré l'article 4 de la loi conforme à la Constitution.

III. – Les dispositions relatives au maintien en zone d'attente

A – L'article 10

Le II de l'article 10 complète l'article L. 221-2 du CESEDA par un alinéa ainsi rédigé : *« Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au plus de dix kilomètres, la zone d'attente s'étend, pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche. »*

Cet article vise à permettre une nouvelle délimitation de la zone d'attente en cas d'arrivée importante de migrants en dehors d'un point de passage frontalier. Il fait directement suite à la découverte de plus de cent vingt immigrants clandestins découverts à proximité d'une plage de Bonifacio le 22 janvier 2010. Les intéressés avaient dû être considérés comme présents sur le territoire et le régime de placement en zone d'attente, et donc de non-admission, n'avait pu leur être appliqué. Les intéressés avaient été placés quelques heures dans un gymnase puis avaient fait l'objet d'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et d'un placement en rétention administrative. Les intéressés avaient fait l'objet d'ordonnances de remise en liberté par les juges des libertés et de la détention (JLD). Ceux-ci avaient jugé que la privation de liberté pendant quelques heures dans le gymnase avait été faite hors de tout cadre juridique et rendait irrégulière la procédure subséquente de rétention administrative.

Face à ce précédent, l'article 10 modifie la définition de la zone d'attente.

Pour les requérants, ces dispositions violaient triplement la Constitution : d'une part, elles laissaient à l'administration un pouvoir arbitraire pour définir les

zones d'attente et, d'autre part, elles portaient atteinte au droit d'asile et à l'indivisibilité de la République.

S'agissant de ces deux derniers griefs, le Conseil a écarté l'argumentation fondée sur l'interprétation inexacte de la disposition contestée. Le paragraphe II de l'article 10 ne permet pas à l'administration de soustraire fictivement des étrangers se trouvant sur le territoire national, en les considérant en zone d'attente, à l'application des règles relative à l'éloignement. Le dispositif a pour seul objet de permettre de traiter selon les règles relatives à l'admission, les personnes qui viennent d'entrer sur le territoire en dehors d'un point de passage frontalier. Comme le relève François-Noël Buffet, rapporteur au Sénat, « *la zone d'attente est avant tout une fiction juridique permettant de considérer qu'un étranger, bien que physiquement présent sur le territoire français, n'a pas été juridiquement admis à entrer sur ce territoire* »¹⁷. À la zone d'attente correspond le régime de l'admission. Au contraire, l'étranger interpellé en situation irrégulière sur le territoire national relève de la procédure d'éloignement de droit commun, après un éventuel placement en rétention. L'application du dispositif d'extension de la zone d'attente à un groupe d'étrangers qui vient d'entrer sur le territoire français est destinée à permettre d'appliquer à ces seuls étrangers le régime de la zone d'attente. Cette extension est sans incidence sur la situation administrative des autres personnes, y compris les étrangers en situation irrégulière, qui se trouveraient dans la zone concernée. Enfin, en tout état de cause, une demande d'asile peut être présentée en zone d'attente, le ministre de l'immigration se prononçant sur cette demande après avis de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA). En conséquence, le Conseil a jugé que ni l'indivisibilité de la République ni l'exercice du droit d'asile n'étaient méconnus.

S'agissant de la critique relative à l'imprécision du paragraphe II de l'article 10 et du pouvoir arbitraire qui en résulterait pour l'administration, le Conseil a relevé l'ensemble des précisions apportées par le législateur pour encadrer ce dispositif. Certes, cette disposition ne fait plus référence au « *lieu de débarquement* » car celui-ci n'est pas toujours connu, comme l'a montré l'affaire de Bonifacio. Cependant, plusieurs précisions encadrent la nouveauté : présence d'un « *groupe d'au moins dix étrangers* » ; arrivée « *en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distincts d'au plus dix kilomètres* » (ce périmètre englobe l'ensemble du groupe dont les membres au moment où ils sont interpellés, ne doivent pas se trouver à plus de 10 kilomètres l'un de l'autre ; par conséquent, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la zone ne peut être étendue selon le nombre d'étrangers arrivés) ; durée maximale de

¹⁷ François-Noël Buffet, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, Sénat, session ordinaire de 2010-2011, n° 239, tome I, 19 janvier 2011, p. 72.

vingt jours ; délimitation « *jusqu'au point de passage frontalier le plus proche* ». En outre, il faut que l'arrivée en France soit récente (« *vient d'arriver* »).

B. – Les articles 12 et 57

L'article 12 complète l'article L. 222-3 du CESEDA par un alinéa ainsi rédigé : « *À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à l'audience relative à la première prolongation du maintien en zone d'attente ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation* ». Cet article 12, relatif à la « *purge des nullités* » dans le contentieux du maintien en zone d'attente a son exact pendant à l'article 57 pour le contentieux du placement en rétention (article L. 522-8 du CESEDA : « *À peine d'irrecevabilité prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à l'audience relative à la première prolongation de la rétention ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation* »). Ces deux articles faisaient l'objet de critiques identiques des requérants et le Conseil les a examinés ensemble.

Dans l'état du droit antérieur à la réforme opérée par la loi déferée, le maintien d'un étranger en zone d'attente au-delà de quatre jours devait être autorisé par le juge des libertés et de la détention (JLD) pour une durée maximale de huit jours. Le maintien peut-être renouvelé une seconde fois, pour une durée maximale de huit jours, toujours par le JLD. Ces deux ordonnances du JLD sont susceptibles d'appel et de cassation. Si la réforme allonge la durée de la rétention, elle conserve le dispositif dans lequel le JLD intervient à deux reprises pour prolonger le maintien en zone d'attente ou la rétention.

L'article 12 vise à ce que les irrégularités antérieures au premier maintien de l'étranger en zone d'attente soient invoquées lors de la première audience de prolongation et ne puissent plus l'être, à peine de nullité, lors de la seconde audience de prolongation. De même, pour le maintien en rétention prononcé par le JLD, l'article 57 de la loi déferée impose que les irrégularités commises avant la première prolongation de la rétention soient désormais invoquées avant la première audience devant le JLD.

Les requérants dénonçaient la violation de la compétence de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle en vertu de l'article 66 de la Constitution, et l'atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif. Ils demandaient, à titre subsidiaire, que soit formulée une réserve d'interprétation garantissant que l'irrecevabilité ne frapperait que les irrégularités révélées antérieurement à la première audience.

L'exposé des motifs du projet de loi explique que cet article énonce « *dans la logique de la procédure civile et conformément à la jurisprudence de la Cour de*

cassation, un principe de " purge des nullités" invoquées postérieurement à l'audience devant le JLD saisi de la demande de prolongation en zone d'attente ». En effet, la Cour de cassation a jugé que « les conditions de l'interpellation d'un étranger ne peuvent être discutées qu'à l'occasion de l'instance ouverte sur la demande de prolongation du maintien en rétention de cet étranger prévue à l'article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et ne peuvent plus l'être devant le juge saisi d'une demande de prolongation de cinq jours de cette rétention »¹⁸. De même, la Cour applique ce principe de la purge des nullités au contentieux du maintien en zone d'attente¹⁹.

Le Gouvernement invoquait en outre, au soutien de cette disposition, l'intérêt d'une bonne administration de la justice que le Conseil constitutionnel a jugé être au nombre des objectifs de valeur constitutionnelle²⁰.

Dans ses observations, le Gouvernement faisait valoir que « *si les irrégularités antérieures à la première audience ne peuvent plus être soulevées lors de la seconde, c'est précisément parce qu'elles ont pu l'être lors de la première* ». Le Conseil constitutionnel a partagé à cette analyse : la règle instaurée ne provoque la purge des nullités qu'à l'égard de celles qu'il était possible de soulever lors de la première audience. Il n'est donc pas fait obstacle au droit de soulever notamment toute irrégularité de procédure survenue après la première prolongation.

Au demeurant, le droit français est riche de nombreuses dispositions limitant la recevabilité des moyens, avec par exemple l'article 175 du code de procédure pénale (CPP). Le Conseil constitutionnel a déjà jugé conforme à la Constitution la purge des nullités de procédure pénale antérieure à l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction²¹.

C. – L'article 13

L'article 13 modifie doublement l'article L. 222-3 du CESEDA relatif à la prolongation du maintien en zone d'attente. D'une part, il fixe à vingt-quatre heures le délai dans lequel le JLD doit statuer sur une demande de prolongation de ce maintien. D'autre part, il exclut que l'existence de garanties de représentation justifie, à elle seule, ce refus de prolongation de maintien. C'est ce second point qui était contesté par les requérants.

¹⁸ Cour de cassation, deuxième chambre civile, 18 décembre 1996, n° 95-50096.

¹⁹ Cour de cassation, deuxième chambre civile, 29 mars 2001, n° 00-50072.

²⁰ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 4.

²¹ 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*, cons. 23 à 25.

En excluant que l'existence de garanties de représentation de l'étranger soit à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente, le législateur a entendu mettre un terme à une jurisprudence contraire de la Cour de cassation. Celle-ci juge en effet que le JLD peut refuser la prolongation au motif que l'étranger présente des garanties de représentation, telles qu'un billet de retour, la présence de membres de sa famille en France, une réservation d'hôtel...²²

Pour les requérants, cette restriction de l'office du juge judiciaire, dans sa compétence de protecteur de la liberté individuelle, méconnaissait l'article 66 de la Constitution.

Si l'article 13 restreint le pouvoir d'appréciation du JLD en lui interdisant de mettre un terme, pour certains motifs, à une mesure privative de liberté, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur pouvait, sans méconnaître l'article 66 de la Constitution, estimer que les garanties de représentation de l'étranger sont sans rapport avec l'objet de la réglementation du maintien en zone d'attente. Ainsi qu'il a déjà été dit, ce régime repose sur le postulat que l'intéressé n'est pas encore entré sur le territoire français. Dès lors, le régime de la non-admission peut lui être opposé. Au contraire, si le maintien en zone d'attente n'est pas décidé ou prolongé, l'intéressé entre sur le territoire français. Seul le régime de l'irrégularité du séjour pourra alors lui être opposé. Le législateur pouvait donc, sans méconnaître la Constitution, exclure que le critère des garanties de représentation conduise, à lui seul, à priver d'effet la décision de non-admission.

D. – Les articles 16 et 58

L'article 16 allonge de quatre à six heures le délai au cours duquel, d'une part, le parquet a la possibilité de demander au premier président de la cour d'appel de déclarer son recours suspensif et, d'autre part, l'étranger est maintenu à la disposition de la justice malgré l'ordonnance de remise en liberté du JLD (modification des articles L. 222-5 et L. 222-6 du CESEDA). L'article 58 procède de même à l'article L. 552-10 en matière de refus, par le JLD, de prolonger la rétention administrative.

Pour les requérants, cette modification méconnaissait également l'article 66 de la Constitution qui implique que la décision d'un juge du siège ordonnant une mise en liberté ne puisse être différée.

²² Cour de cassation, deuxième chambre civile, 21 février 2002, n° 00-50079 et 3 juin 2004, n° 03-50059.

Cette procédure est bien connue du Conseil constitutionnel qui a déjà eu à se prononcer à trois reprises sur ce type de questions.

D'abord, la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration avait permis au procureur de la République de demander au premier président de la cour d'appel de déclarer suspensif l'appel formé par le préfet ou le ministère public contre une ordonnance refusant la prolongation ou le maintien en rétention administrative d'un étranger en situation irrégulière. Le premier président devait se prononcer « *sans délai* » alors que l'intéressé est maintenu à la disposition de la justice. Le Conseil constitutionnel a jugé cette procédure conforme à la Constitution²³. Cette procédure a été abrogée par la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile dite « loi RESEDA ».

Ensuite, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) a institué un « référé détention » en matière pénale (articles 148-1-1 et 187-3 du CPP). Il permet au ministère public de s'opposer temporairement à la remise en liberté d'une personne le temps, pour lui, de solliciter du premier président de la Cour d'appel qu'il déclare l'appel suspensif. Cette possibilité n'est ouverte qu'en cas d'ordonnance de mise en liberté prise contre les réquisitions du parquet. Le procureur dispose alors d'un délai de quatre heures à compter de la notification pour demander au premier président de la cour d'appel de prononcer le caractère suspensif de l'appel. Celui-ci statue au plus tard le deuxième jour ouvrable suivant la demande. Pendant cette durée, la personne reste détenue et les effets de l'ordonnance de remise en liberté sont suspendus. Ce dispositif de « référé détention » a été jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel²⁴.

Enfin, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de la disposition modifiée par l'article 14 de la loi déferée. Cette disposition a été introduite par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. Elle a introduit la possibilité pour le parquet d'obtenir le caractère suspensif de l'appel afin que l'étranger soit maintenu à la disposition de l'administration le temps que le juge d'appel se prononce sur le bien-fondé du maintien en zone d'attente. Dans sa décision n° 2003- 484 DC du 20 novembre 2003, le Conseil a alors jugé :

« 74. Considérant qu'en principe, il résulte de l'article 66 de la Constitution que, lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui

²³ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 précitée, cons. 56 à 64.

²⁴ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice (Loi Perben)*, cons. 69 à 74.

confère son rôle de gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel ;

« 75. Considérant, toutefois, que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ; que le ministère public a reçu de la loi déferée compétence pour agir dans des conditions spécifiques, qui le distinguent des parties à l'instance que sont l'étranger et le représentant de l'État dans le département ;

« 76. Considérant que le législateur a prévu que le procureur de la République ne peut demander au premier président de la cour d'appel ou à son délégué de déclarer le recours suspensif que lorsque l'intéressé ne dispose pas de garanties de représentation effectives ou en cas de menace grave pour l'ordre public ; que le but visé par la loi est d'assurer le maintien de la personne concernée à la disposition de la justice ; que la demande du procureur de la République, qui doit accompagner l'appel, est formée dans un délai de quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance et transmise au premier président de la cour d'appel ou à son délégué ; que seul ce magistrat du siège décide s'il y a lieu de donner à l'appel un effet suspensif ; qu'à ce stade de la procédure, il ne lui incombe que de déterminer si l'étranger dispose de garanties effectives de représentation ou constitue une menace grave pour l'ordre public, alors qu'il lui appartiendra d'apprécier les conditions d'application de l'article 35 bis quand il statuera sur l'appel interjeté dans les quarante-huit heures à compter de sa saisine ;

« 77. Considérant que le législateur a prévu que le premier président de la cour d'appel ou son délégué doit se prononcer " sans délai " sur la demande d'effet suspensif de l'appel émanant du procureur de la République ; que l'expression " sans délai " implique une décision qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons tenant à l'exercice des droits de la défense, doit être rendue dans le plus bref délai ;

« 78. Considérant que, dans ces conditions, la disposition contestée n'est pas contraire à la Constitution. »

La question se posait, pour le Conseil constitutionnel, de savoir si l'extension de quatre à six heures du délai pour que le parquet dépose sa demande modifiait le cadre constitutionnel posé en 2003. Le Conseil a apporté une réponse négative à cette question compte tenu de la portée limitée de la modification apportée au dispositif validé dans la décision du 20 novembre 2003. Un doublement de ce délai n'aurait pas eu une telle portée, ce qui aurait rendu l'appréciation de sa

constitutionnalité beaucoup plus délicate. Dans ces conditions, le Conseil a déclaré les articles 16 et 58 de la loi conformes à la Constitution.

IV. – Les dispositions relatives au titre de séjour et à l'éloignement

A. – Les articles 26, 40 et 70

La loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile un étranger a permis de délivrer une carte de séjour temporaire à un étranger lorsque son « *état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire* ». Ces dispositions ont été codifiées à l'article L. 313-11 du CESEDA.

L'article 26 de la loi déferée modifie le 11° de cet article qui définit ainsi les conditions dans lesquelles est délivrée de plein droit la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » à l'étranger qui réside habituellement en France et qui est gravement malade, à tel point que son « *état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

L'article 40 tire les conséquences de cette modification à l'article L. 511-4 du même code, qui énumère les catégories d'étrangers ne pouvant faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français.

L'article 70, dans son paragraphe III, qui modifie les articles L. 521-3 et L. 523-4 du CESEDA, opère la même modification dans deux cas :

– le cas où un étranger gravement malade ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'« *en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* » ;

– et le cas où un étranger gravement malade, qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion non exécuté, peut être assigné à résidence.

Dans l'état du droit, la délivrance de la carte de séjour temporaire, l'impossibilité de prononcer une obligation de quitter le territoire français ou une mesure d'expulsion et le prononcé d'une assignation à résidence étaient

subordonnés, outre à l'état de santé de l'étranger, à la condition pour ce dernier de ne pouvoir « *effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays* » d'origine ou de renvoi. Ces dispositions ont fait l'objet d'interprétations évolutives.

Comme l'a relevé le rapporteur de la commission des lois du Sénat²⁵, « *jusqu'en avril 2010, la jurisprudence du Conseil d'État imposait à l'administration de vérifier l'existence dans le pays d'origine de structures médicales susceptibles de permettre à l'étranger de recevoir un traitement approprié, sans tenir compte de sa capacité à y accéder effectivement. Le Conseil d'État considérait notamment que les difficultés financières à assumer la charge du traitement ou l'absence de prise en charge de ce dernier par le régime de sécurité sociale du pays étaient sans incidence sur la légalité de la décision administrative. Dans un arrêt de février 2008, il avait également considéré que la circonstance que l'étranger soit originaire d'une région éloignée des structures médicales appropriées et qu'il aurait des difficultés financières à assumer la charge du traitement de sa maladie ne pouvait être invoquée dès lors que des soins appropriés à la pathologie en cause pouvaient être dispensés dans le pays d'origine*²⁶ ».

Le rapporteur du Sénat relevait également que, « *dans deux arrêts rendus le 7 avril 2010*²⁷, (le Conseil d'État) a considéré qu'il appartenait au préfet, non seulement de vérifier qu'un refus de séjour ou un éloignement forcé n'induirait pas de conséquences d'une exceptionnelle gravité sur l'état de santé de l'intéressé, mais également de s'assurer que l'étranger serait effectivement en mesure d'accéder aux soins requis dans son pays ».

Pour assurer un retour à la première interprétation, la loi déferée substitue à la condition de l'impossibilité de « *pouvoir effectivement bénéficier* » d'un traitement approprié dans le pays d'origine ou de renvoi la condition de « *l'absence* » d'un tel traitement. En outre, en référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle « *la décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'État contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3 (de la Convention), mais seulement dans des cas exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militant contre l'expulsion sont impérieuses* »²⁸, le législateur a réservé le cas d'une « *circonstance humanitaire exceptionnelle*

²⁵ François-Noël Buffet, rapport précité, p. 106.

²⁶ Conseil d'État, 13 février 2008, *Ministre de l'intérieur c/ Antir*, n° 297518.

²⁷ Conseil d'État, 7 avril 2010, *Ministre d'État, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire et Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire*, n°s 301640 et 316625.

²⁸ Cour européenne des droits de l'homme, grande chambre, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05, § 42.

appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé ».

Les requérants estimaient que ces dispositions ne répondaient pas à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 et qui impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques aux fins de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* »²⁹.

En particulier, ils soutenaient que l'imprécision de la notion de « *circonstance humanitaire exceptionnelle* » aurait pour effet de susciter, sur le territoire, des différences d'interprétation contraires au principe d'égalité et que, par son imprécision, la procédure qui confiait le soin d'apprécier cette notion à l'autorité administrative conduirait celle-ci à apprécier l'état de santé du demandeur et donc à violer le secret médical et, avec lui, le respect de la vie privée.

Dans sa décision du 9 juin 2011, le Conseil constitutionnel a, tout d'abord, relevé que les dispositions contestées, loin de créer des inégalités, avaient été précisément retenues par le législateur pour mettre fin « *aux incertitudes et différences d'interprétation nées de l'appréciation des conditions socio-économiques* » dans lesquelles l'intéressé pouvait « *effectivement bénéficier* » d'un traitement approprié dans le pays d'origine ou de renvoi.

Le Conseil a, ensuite, constaté que le législateur, en réservant le cas d'« *une circonstance humanitaire exceptionnelle* », avait adopté, pour garantir le maintien sur le territoire français de l'intéressé, un critère qui permettait de tenir compte de chaque situation, dans sa singularité, et ainsi de passer outre la seule existence « objective » d'un traitement approprié dans le pays d'origine ou de renvoi et ceci, sans qu'il soit besoin d'apprécier les conditions socio-économiques, infiniment variables, de l'accès à ce traitement dans les divers pays concernés. Ces dispositions sont suffisamment précises et non équivoques.

Enfin, s'agissant de la procédure prévue, le Conseil a souligné que l'appréciation de chaque situation individuelle au regard de la « *circonstance humanitaire exceptionnelle* » est certes confiée à l'autorité préfectorale, mais que celle-ci bénéficiait, pour prendre sa décision, de l'éclairage apporté par l'avis du directeur général de l'agence régionale de santé, lui-même éclairé par

²⁹ Décisions n^{os} 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, cons. 29 ; .2009-592 DC du 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, cons. 6.

un avis médical et qu'à cette occasion, seul l'intéressé peut transmettre à l'autorité administrative les éléments sur son état de santé susceptibles de fonder sa demande.

En conséquence, le Conseil a écarté les griefs tirés de la méconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et de l'atteinte à la vie privée et jugé que les articles 26, 40 et 70 de la loi déferée ne sont pas contraires à la Constitution.

B. – L'article 33

L'article L. 623-1 du CESEDA dispose : « *Le fait de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* » Ces dispositions issues de l'article 31 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, qui avait inséré dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 21 *quater*, ont été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 (cons. 43).

L'article 33 de la loi déferée complète l'article L. 623-1 par la phase suivante : « *Ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint.* »

Selon les requérants, cette disposition visait « *spécialement l'étranger qui se marie aux seules fins " d'obtenir " sa régularisation ou la nationalité française, et d'écarter du dispositif les nationaux qui auraient contracté mariage aux seules fins de " faire obtenir " la régularisation ou la nationalité française à leur conjoint. Cette différence de traitement constitue une rupture manifeste d'égalité entre les nationaux et les étrangers* ».

L'article 33 a pour objet de rappeler de manière expresse que les situations déjà réprimées incluaient le fait pour un étranger de contracter mariage pour obtenir un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement ou acquérir la nationalité française. Elles ne font ainsi que préciser l'un des cas déjà soumis à sanction. Dans ses observations, le Gouvernement a pu souligner qu'« *en réalité, l'article 33 de la loi déferée a pour seule portée de préciser que le conjoint qui, en contractant mariage, a exclusivement cherché à obtenir pour lui-même l'un des avantages énumérés par l'article L. 623-1, et qui, par construction, est nécessairement un ressortissant étranger, tombe sous le coup*

de l'incrimination édictée par cet article alors même que son conjoint, français ou étranger, est, quant à lui, animé par une intention matrimoniale sincère » et que « telle est déjà, à la vérité, la portée du texte actuel, qui n'exige nullement que les deux conjoints soient mus par une intention frauduleuse ».

Dans sa décision du 9 juin 2011, le Conseil constitutionnel a donc conclu que les dispositions contestées n'instituent aucune différence de traitement entre les Français et les étrangers et rejeté le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

C. – L'article 37

L'article 37 a pour objet de transposer certaines dispositions de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite « directive retour ».

D'une part, il unifie la procédure d'éloignement des étrangers en situation de séjours irréguliers et achève, ainsi, le mouvement engagé en 2006 en faisant de l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) la seule mesure applicable. L'ancienne OQTF et la reconduite à la frontière sont remplacées par une nouvelle procédure unique, toujours appelée OQTF. D'autre part, il crée une interdiction de retour sur le territoire français. L'article 37 réécrit donc presque totalement l'article L. 511-1 du CESEDA.

Les requérants présentaient des griefs à l'encontre des paragraphes II et du III de cet article L. 511-1. (Le paragraphe I définit les cas dans lesquels l'OQTF peut être prise).

1° – Le paragraphe II est relatif au délai de départ « volontaire » de l'étranger en situation irrégulière. Il prévoit que l'étranger dispose d'un délai de trente jours à compter de la notification qui lui a été faite de l'obligation de quitter le territoire et que l'autorité administrative peut lui accorder, à titre exceptionnel et eu égard à sa situation personnelle, un délai de départ volontaire supérieur à trente jours. En vertu de la même disposition, toutefois, *« l'autorité administrative peut, par une décision motivée, décider que l'étranger est obligé de quitter sans délai le territoire français : 1° Si le comportement de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public ; 2° Si l'étranger s'est vu refuser la délivrance ou le renouvellement de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour au motif que sa demande était*

ou manifestement infondée ou frauduleuse ; 3° S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à cette obligation ».

La loi du 24 juillet 2006 avait prévu que tout étranger sous le coup d'une OQTF avait un mois pour l'exécuter avant que l'administration ne puisse exécuter d'office la mesure. En revanche, l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF) était d'exécution immédiate. Le législateur ne voulait pas perdre, avec la nouvelle OQTF, ce régime d'exécution immédiate des anciens APRF.

Le paragraphe II du nouvel article L. 511-1 fixe six cas (a à f) dans lesquels le risque que l'étranger se soustraie à l'obligation de quitter le territoire doit être regardé comme établi. Cette disposition recouvre mais aussi élargit les cas où est actuellement pris un APRF. En particulier, le départ peut être exécuté de manière forcée « f) *si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes* ».

Les requérants faisaient valoir que la plupart des cas prévus par le législateur n'étaient pas directement liés à la notion de risque de fuite, qu'ils ne sauraient donc justifier l'adoption d'une OQTF sans délai de départ et que les dispositions en cause étaient manifestement incompatibles avec la directive que la loi avait pour objet de transposer.

La directive 2008/115/CE prévoit au 4 de son article 7 relatif au départ volontaire que, « *s'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours* ». La même directive précise au 7) de son article 3 qu'il faut entendre par risque de fuite « *le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite* ».

On sait que le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 88-1 de la Constitution une exigence constitutionnelle relative à la transposition en droit interne d'une directive communautaire³⁰. Le Conseil contrôle le respect par le législateur de cette exigence en vérifiant que la loi de transposition ne contredit ni les dispositions ni l'objectif général de la directive qu'elle a pour objet de transposer. Sur ce fondement, il a censuré les dispositions de la loi transposant les directives gaz et électricité de 2003 qui pérennisaient les tarifs réglementés

³⁰ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7.

comme manifestement incompatibles avec l'objectif d'ouverture à la concurrence fixé par ces directives³¹. Il a également émis des réserves d'interprétation de façon à ce que la loi relative au droit d'auteur se conforme au droit communautaire en transposant la directive de 2001 sur « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information »³².

Ce contrôle du Conseil constitutionnel comporte deux limites. D'une part, dans la mesure où la loi de transposition ne fait que reprendre des dispositions inconditionnelles et précises, c'est-à-dire d'effet direct, de la directive, le Conseil ne s'estime pas compétent pour contrôler la conformité de la loi de transposition aux droits et libertés. Ce contrôle de la directive incombe à la seule Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Il n'en irait autrement que si la directive était contraire à une règle ou à un principe « *inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ». D'autre part, dès lors que le Conseil doit statuer en un mois et ne peut donc saisir la CJUE d'une question préjudicielle, il ne saurait déclarer contraire à l'article 88-1 qu'une « *disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* ».

La loi soumise au Conseil constitutionnel souligne la très grande différence existant entre les deux contrôles. Le contrôle du respect des principes constitutionnels correspond à la mission fondamentale du Conseil de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis. Celui du respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives est la résultante de bien d'autres facteurs, mêlant absence de contrôle de conventionnalité et particularité des lois de transposition de directives. Cette jurisprudence, née alors que l'introduction du contrôle *a posteriori* n'était pas à l'ordre du jour, est le fruit de compromis. Elle est « relativisée » par la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui ne peut donner lieu au contrôle de l'exigence constitutionnelle de transposition d'une directive³³.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a constaté qu'en estimant dans les six cas énoncés par le paragraphe II de l'article L. 551-1 du CESEDA, qu'il existe, sauf circonstance particulière, des risques que l'étranger se soustraie à l'obligation qui lui est faite de quitter le territoire, le législateur a retenu des critères qui ne sont pas manifestement incompatibles avec la directive 2008/115/CE que la loi a pour objet de transposer.

³¹ Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie (GDF-Suez)*, cons. 9.

³² Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 37, 40 et 62.

³³ Décisions n°s 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 17, 18, 19.

2° – Le paragraphe III de l'article L. 511-1 du CESEDA modifié prévoit, quant à lui, les cas dans lesquels une OQTF est assortie d'une interdiction de retour sur le territoire français et les cas dans lesquels cette interdiction peut être abrogée.

La directive 2008/115/CE consacre son article 11 à cette « *interdiction de retour* » qu'elle appelle « *interdiction d'entrée* ». Le § 1 de cet article dispose : « *Les décisions de retour sont assorties d'une interdiction d'entrée a) si aucun délai n'a été accordé pour le départ volontaire, ou b) si l'obligation de retour n'a pas été respectée. – Dans les autres cas, les décisions de retour peuvent être assorties d'une interdiction d'entrée.* »

Mais, à l'encontre du paragraphe III de l'article L. 511-1, les requérants faisaient essentiellement valoir que l'interdiction de retour méconnaissait les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789, les droits de la défense et le principe du contradictoire, ainsi que le droit d'asile garanti par le Préambule de la Constitution de 1946.

Le droit français connaît déjà l'interdiction du territoire. Cette interdiction peut être judiciaire, infligée à un étranger comme peine principale ou complémentaire (article L. 541-1 du CESEDA, articles 131-30 et s. du code pénal). Elle peut également être administrative. Le Conseil constitutionnel a censuré une première version d'une telle interdiction administrative dans la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France³⁴:

« 43. *Considérant que l'article 14 étend, au I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, les cas dans lesquels un étranger peut être reconduit à la frontière ; qu'il ajoute au même article la règle aux termes de laquelle "la reconduite à la frontière emporte de plein droit interdiction du territoire pour une durée d'un an à compter de son exécution" ;*

« 44. *Considérant que les sénateurs, auteurs de la première saisine, font valoir que cette dernière disposition établit le prononcé automatique et indifférencié d'une sanction à caractère pénal ; qu'elle méconnaît la compétence de l'autorité judiciaire pour assurer le respect de la liberté individuelle ainsi que le principe d'égalité et qu'elle porte atteinte aux droits de la défense ; que les députés, auteurs de la seconde saisine, soutiennent que ladite disposition prive de garanties légales le respect de la liberté individuelle des étrangers résidant en France ; qu'ils articulent un grief similaire à l'encontre des extensions des cas de reconduite à la frontière ; qu'ils allèguent en outre que l'interdiction du*

³⁴ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 précitée.

territoire résultant de la reconduite à la frontière méconnaît "l'exigence d'individualisation des peines et des sanctions", le principe de proportionnalité des peines et qu'elle constitue une violation du principe d'égalité, en ce qu'elle comporte l'application d'un traitement uniforme à des situations différentes ;

« 45. Considérant que les modifications apportées aux cas susceptibles de justifier des arrêtés de reconduite à la frontière concernent des étrangers qui ne seraient pas titulaires d'un titre de séjour en cours de validité, qui auraient fait l'objet d'une mesure de retrait de titre de séjour ou qui, dans différents cas, seraient dépourvus de titre de séjour en raison d'une menace à l'ordre public ; qu'en étendant ainsi les cas où des mesures de police peuvent être prises en l'absence de possession d'un titre de séjour régulier, sans porter atteinte aux garanties juridictionnelles applicables en l'espèce, le législateur n'a méconnu aucune disposition de la Constitution ni aucun principe de valeur constitutionnelle ;

« 46. Considérant en revanche que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée" ;

« 47. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que les droits de la défense ;

« 48. Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ;

« 49. Considérant qu'en vertu des dispositions contestées, tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée ; que, dans ces conditions, le prononcé de ladite interdiction du territoire par l'autorité administrative ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ; qu'ainsi le dernier alinéa de l'article 14 de la loi est contraire à la Constitution. »

À la suite de cette censure, une interdiction administrative du territoire a été reprise, de manière encadrée, par la loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le code civil. Elle n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel, puis a été abrogée par la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

La loi du 24 juillet 2006 a repris une mesure analogue, en donnant, à l'article L. 213-1 du CESEDA, un effet d'un an au-delà de leur exécution à certains arrêtés de reconduite à la frontière pris sur le fondement du 8° du paragraphe II de l'article L. 511-1 (ARF pris à l'encontre d'un étranger qui a méconnu l'obligation de visa et dont le comportement a constitué une menace pour l'ordre public ou qui a violé l'article L. 342-4 du code du travail relatif à l'autorisation de travail des étrangers). Le Conseil constitutionnel ne s'est alors pas saisi de lui-même de cette disposition qui n'était pas dénoncée dans les griefs³⁵.

L'alternative était simple. Si cette « *interdiction de retour* » est une sanction ayant le caractère d'une punition, elle doit être contrôlée au regard des exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Il n'en va pas de même, et le grief ainsi soulevé est inopérant, si elle constitue une mesure de police.

Dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a qualifié de sanction ayant le caractère d'une punition une interdiction de plein droit. Cette jurisprudence n'a pas été expressément abandonnée depuis et le Conseil a eu l'occasion de réaffirmer sa jurisprudence sur la qualification de peine pour l'article L. 7 du code électoral³⁶.

Mais le paragraphe III de l'article L. 511-1 contesté est différent de la disposition censurée en 1993. Il ne s'agit plus d'une interdiction de plein droit mais d'une faculté donnée à l'administration. Cette faculté, exercée sous le contrôle du juge administratif, relève du pouvoir de police. L'éloignement d'un étranger en séjour irrégulier est une mesure de police et non une « peine ». Il est dès lors difficile de qualifier différemment l'interdiction temporaire du territoire qui accompagne cet éloignement. Ces mesures n'ont pas de but « punitif », elles visent à prévenir, comme le dispose le III de l'article L. 511-1, « *la menace pour l'ordre public que représente (la) présence (de l'étranger) sur le territoire français* ». Il s'agit moins de réprimer des comportements que de compléter une loi de police, celle sur les étrangers, comprenant désormais à la fois une mesure d'éloignement et une interdiction de retour.

³⁵ Décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*.

³⁶ Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A et autres (Article L. 7 du code électoral)*.

Le Conseil constitutionnel a estimé que l'interdiction de retour dont l'OQTF peut être assortie constitue une mesure de police et non une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Ceci s'inscrit en cohérence avec sa jurisprudence la plus récente, qu'il a développée à l'occasion de différentes QPC. Il a récemment écarté cette qualification pour l'interdiction de faire partie du collège électoral qui élit les juges consulaires ainsi que la déchéance des fonctions de juge³⁷ ou pour la privation de remboursement forfaitaire en cas de non-respect des règles de financement des campagnes électorales³⁸. S'il a retenu une qualification différente pour l'article L. 7 du code électoral, c'était en raison du fait que l'inéligibilité était directement et exclusivement attachée à la condamnation pénale³⁹.

Dès lors que l'interdiction de retour constitue une mesure de police et non une sanction, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 était inopérant. En outre, et comme le Conseil l'avait déjà précédemment admis⁴⁰, les règles et principes de valeur constitutionnelle n'imposent pas, par eux-mêmes, aux décisions exécutoires émanant d'une autorité administrative de faire l'objet d'une procédure contradictoire préalable. Le grief tiré de la violation des droits de la défense et du principe du contradictoire a donc été écarté.

L'autre grief soulevé par les députés et les sénateurs était tiré de la méconnaissance du droit d'asile. Les requérants faisaient en effet valoir que la demande d'abrogation de l'interdiction de retour n'est en principe recevable que si l'étranger qui la sollicite justifie qu'il ne réside pas en France, y compris donc « *lorsque, persécuté, il souhaiterait déposer une demande d'asile* ».

Ce à quoi le Conseil a répondu que cette condition de non-résidence n'est pas de nature à porter atteinte au droit d'asile, dès lors que le refus d'entrée sur le territoire ne peut faire obstacle au dépôt d'une demande d'asile à la frontière, comme le prévoit d'ailleurs l'article L. 213-2 du CESEDA.

Le Conseil constitutionnel a, enfin, constaté que l'interdiction de retour n'était pas manifestement incompatible avec l'article 11 de la directive 2008/115/CE qu'elle a pour objet de transposer.

³⁷ Décision n° 2011-114 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Didier P. (Déchéance de plein droit des juges consulaires)*.

³⁸ Décision n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H. (Financement des campagnes électorales et inéligibilité)*. Ces jurisprudences sont bien distinctes de celles portant sur les conséquences de la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition au regard du pouvoir d'appréciation du juge pour individualiser la peine : décisions n°s 2010-40 QPC du 29 septembre 2010, *M. Thierry B. (Annulation du permis de conduire)*, 2010-41 QPC du 29 septembre 2010, *Société CDiscount et autre (Publication du jugement de condamnation)* et 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres (Publication et affichage du jugement de condamnation)*.

³⁹ Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 précitée.

⁴⁰ Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Couverture des non-salariés agricoles*, cons. 40.

V. – Les dispositions relatives à l’assignation à résidence et à la rétention administrative

Les articles 44, 47, 51 et 56 ont pour objet de transposer la directive 2008/115/CE. Ils modifient à cette fin la rédaction des articles L. 551-1, L. 561-1 à L. 561-3 et L. 552-1, ainsi que l’article L. 552-7 du CESEDA et ajoutent les articles L. 552-4-1 et L. 562-1 à L. 562-3.

A. – Le grief tiré de la méconnaissance des objectifs de la directive 2008/115/CE

Ce grief était soulevé à l’encontre des articles 44 et 47 pris ensemble.

L’article 44 modifie l’article L. 551-1 du CESEDA en prévoyant « *qu’à moins qu’il ne soit assigné à résidence en application de l’article L. 561-2, l’étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français peut être placé en rétention par l’autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l’administration pénitentiaire, pour une durée de cinq jours* ». Cette dernière durée était précédemment de quarante-huit heures.

L’article 47 donne à l’article L. 561-2 cette nouvelle rédaction : « *Dans les cas prévus à l’article L. 551-1, l’autorité administrative peut prendre une décision d’assignation à résidence à l’égard de l’étranger pour lequel l’exécution de l’obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque, mentionné au II de l’article L. 511-1, qu’il se soustraie à cette obligation. Les trois derniers alinéas de l’article L. 561-1 sont applicables, sous réserve de la durée maximale de l’assignation qui ne peut excéder une durée de quarante-cinq jours, renouvelable une fois.* » L’article 47 institue donc une alternative à la rétention administrative.

Les requérants estimaient que le principe préconisé par la directive selon lequel devait être donnée une priorité aux mesures les moins coercitives avait été méconnu par le législateur.

L’article 15 de la directive 2008/115/CE dispose : « *À moins que d’autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d’un pays tiers qui fait l’objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l’éloignement en particulier lorsque : a) il existe un risque de fuite, ou b) le ressortissant*

concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement. – Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise . En d'autres termes, la directive pose pour principe que le placement en rétention n'est possible que si l'assignation à résidence, voire encore une autre mesure, n'est pas suffisante pour éviter le risque que l'étranger ne se soustraie à la mesure d'éloignement dont il fait l'objet.

Or, en l'espèce, la simple lecture des dispositions contestées par les requérants souligne qu'elles ne sont pas manifestement incompatibles avec les objectifs de la directive, tels qu'ils résultent de l'article 15 précité.

B. – Le grief tiré de la méconnaissance de la liberté individuelle

Ce grief était soulevé à l'encontre des articles 44 et 51, en ce que ces articles prévoient que le délai d'intervention du juge des libertés et de la détention (JLD) pour autoriser le maintien en rétention administrative d'un étranger sera de cinq jours (au lieu de quarante-huit heures actuellement). Il l'était également à l'encontre de l'article 56 qui prévoit d'autres possibilités de prolongation de la rétention. Il l'était enfin aussi à l'encontre de l'article 47 relatif à l'assignation à résidence, dans la rédaction qu'il donne à l'article L. 561-2 du CESEDA.

1. – Les articles 44 et 51

Par sa première décision rendue en la matière⁴¹, le Conseil censurait une disposition prévoyant un régime de rétention administrative dans lequel le juge n'intervenait pour prolonger la mesure qu'au-delà d'un délai de sept jours : « *La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, s'il en est ainsi dans le cas prévu à l'article 3 de la loi qui subordonne à la décision du juge le maintien, au-delà de quarante-huit heures, de l'intéressé dans les locaux où il est retenu, il n'en va pas de même dans le cas prévu à l'article 6 de la loi dès lors que, dans cette dernière éventualité, l'intervention du juge n'est déclarée nécessaire que pour prolonger, au-delà de sept jours, le régime de détention auquel l'étranger est soumis ; qu'ainsi, du fait qu'il prévoit que la personne expulsée, en application des dispositions du 1 au 4 dudit article 23, peut être maintenue en détention pendant sept jours sans qu'un juge ait à intervenir, de plein droit ou à la demande de l'intéressé, le sixième alinéa de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel qu'il résulte de l'article 6 de la loi soumise au Conseil constitutionnel, n'est pas conforme à la constitution.* »

⁴¹ Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980 précitée, cons. 4.

La loi n° 81-973 du 29 octobre 1981, non déférée au Conseil, a institué un délai de rétention maximal de sept jours, soit un délai de vingt-quatre heures sur décision préfectorale susceptible d'être prolongé de six jours sur décision du juge judiciaire.

Le texte qui allait devenir la loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 ajoutait une possibilité de prolongation de la rétention de trois jours en cas de « *difficultés particulières faisant obstacle au départ d'un étranger* ». Le Conseil a censuré cette disposition en considérant que, si la prolongation est justifiée en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, le texte déféré a violé la Constitution « *en étendant indistinctement à tous les étrangers faisant l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires*⁴² ».

Le texte qui allait devenir la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 (« loi Pasqua ») a ajouté, à nouveau, au régime en vigueur une possibilité de prolongation de la rétention de trois jours « *lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité compétente de document de voyage permettant l'exécution* » de la mesure d'éloignement. Malgré la précision de la condition à laquelle se trouve subordonnée la prolongation, qui paraît répondre à l'objection faite par le Conseil en 1986, la décision du 13 août 1993 a censuré cette disposition⁴³, en reprenant, quasiment à l'identique, les termes de celle du 3 septembre 1986.

Le législateur a voté pour la troisième fois (loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993) le principe d'une prolongation de la rétention, toujours de trois jours, cette fois « *en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* », mais aussi « *lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité administrative compétente de document de voyage permettant l'exécution de la mesure (...) et que des éléments de fait montrent que ce délai supplémentaire est de nature à permettre l'obtention de ce document* ». La loi n'a pas été déférée au Conseil. La durée maximale de la rétention a ainsi été portée à dix jours.

Le texte qui deviendra la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 porte de vingt-quatre à quarante-huit heures le délai au terme duquel l'intervention du juge est requise ; la durée de la première période de rétention est en revanche réduite de six à cinq jours ; la possibilité d'une seconde prolongation de trois jours est conservée dans les conditions prévues par la loi du 30 décembre 1993. Le Conseil a validé le principe d'une saisine du juge judiciaire au terme d'un délai de quarante-huit heures (et non plus de vingt-quatre)⁴⁴. Saisi du nouvel article 35 *bis*, il aurait pu, s'il avait entendu confirmer sa jurisprudence de 1993, censurer les innovations

⁴² Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986 précitée, cons. 22.

⁴³ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 précitée, cons. 100.

⁴⁴ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 précitée, cons. 55.

antérieures relatives à la deuxième prolongation sur le fondement de la jurisprudence dite « *Nouvelle Calédonie* »⁴⁵ relative au contrôle des lois promulguées. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a implicitement mais nécessairement abandonné la jurisprudence du 13 août 1993.

L'abandon de la jurisprudence de 1993 est à nouveau confirmé, dans la décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, rendue par le Conseil à propos du texte qui allait devenir la loi du 11 mai 1998 (« RESEDA »). Cette loi porte à cinq jours (au lieu de trois) la durée de la seconde période de rétention. La durée totale de rétention passe ainsi de dix à douze jours. De plus, la loi étend les motifs pouvant justifier une telle prolongation, celle-ci pouvant désormais être décidée « *en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* », mais aussi « *lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement* ». Si, sur une question d'une telle importance pour les libertés fondamentales, le Conseil n'a pas éprouvé le besoin d'examiner d'office le nouvel article 35 bis de l'ordonnance, c'est qu'il l'a jugé implicitement non contraire à la Constitution.

En 2003, le Conseil a jugé conforme à la Constitution l'allongement de douze à trente-deux jours de la durée maximale de rétention administrative. Par ailleurs, la prolongation à vingt-deux jours n'est plus limitée aux cas d'urgence absolue, de menace d'une particulière gravité ou d'obstruction de l'intéressé⁴⁶.

À ce rappel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit des étrangers, il convient d'ajouter celui de la jurisprudence sur la garde à vue et sur l'hospitalisation sans consentement.

Pour la garde à vue, le Conseil a fixé à quarante-huit heures le délai pendant lequel la privation de liberté d'une personne suspectée est placée sous la conduite du parquet. Dès sa décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981⁴⁷, il a jugé qu'au-delà de quarante-huit heures « *l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser, dans ces cas*⁴⁸, *la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution* ». Le même raisonnement le guide dans ses décisions n° 86-213 DC du 3 septembre 1986⁴⁹,

⁴⁵ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10.

⁴⁶ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 précitée, cons. 61 et s.

⁴⁷ Décision *Loi sécurité et liberté*, cons. 25.

⁴⁸ Il s'agissait d'infractions de grand banditisme (enlèvement, séquestration, hold-up...).

⁴⁹ *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État*, cons. 17.

pour la prolongation de la garde à vue en matière de terrorisme, et 2004-492 DC du 2 mars 2004, pour la garde à vue en matière de criminalité organisée⁵⁰.

Dans sa décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, saisi de la question de la prolongation de la garde à vue après les premières vingt-quatre heures, le Conseil a jugé, que, « *si l'intervention d'un magistrat du siège peut être requise pour certaines prolongations de la garde à vue, l'intervention du procureur de la République dans les conditions prévues par la loi déferée ne méconnaît pas les exigences de l'article 66 de la Constitution* »⁵¹.

S'agissant des pouvoirs du parquet de faire obstacle à une décision de mise en liberté prononcée par un magistrat du siège, il les a déclarés conformes à la Constitution dans la mesure où ils étaient enserrés dans de très brefs délais et que l'intervention d'un magistrat du siège était requise soit sans délai⁵², soit au plus tard le deuxième jour ouvrable⁵³.

Dans sa décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, le Conseil a confirmé sa jurisprudence sur ce délai de quarante-huit heures⁵⁴.

En ce qui concerne l'hospitalisation sans consentement, le Conseil constitutionnel a jugé que le maintien, sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, de la privation de liberté au-delà d'un certain délai d'hospitalisation sans consentement méconnaît la portée de l'article 66 de la Constitution. Mais il a estimé que le délai de quarante-huit heures imposé en matière de rétention administrative ou de garde à vue n'est pas transposable à l'hospitalisation sans consentement, la spécificité de la problématique médicale devant être prise en compte. Il a ainsi déclaré contraire à l'article 66 de la Constitution la possibilité d'une prolongation de l'hospitalisation au-delà de quinze jours sur la base d'un simple certificat médical (article L. 337 du code de la santé publique, devenu L. 3212-7), sans définir les modalités de l'intervention de la juridiction de l'ordre judiciaire exigée par sa décision. C'est au législateur qu'il appartient de fixer les règles les plus adaptées à la situation des malades et à l'examen de la question de la nécessité de l'hospitalisation (composition de la juridiction de l'ordre judiciaire compétente, modalités procédurales particulières...). Le Conseil a seulement exigé que l'hospitalisation sur demande d'un tiers ne puisse se poursuivre sans une intervention systématique de cette juridiction avant quinze jours⁵⁵.

⁵⁰ *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 15 et 27.

⁵¹ *Loi modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme du code de procédure pénale*, cons. 5.

⁵² Décisions n° 97-389 DC du 22 avril 1997 précitée, cons. 63.

⁵³ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 précitée, cons. 74, relatif à l'appel suspensif du parquet des décisions du juge des libertés et de la détention au cours de la procédure pénale.

⁵⁴ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W et autres (Garde à vue)*, cons. 26.

⁵⁵ Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. (Hospitalisation sans consentement)*.

Si la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge judiciaire intervient dans le plus court délai possible, ce délai doit donc être fixé en fonction des autres impératifs, notamment constitutionnels, de la matière. Le Conseil admet trois délais différents dans les trois principaux régimes de privation de liberté : quarante-huit heures maximum pour la garde à vue, sept jours maximum pour la rétention des étrangers, quinze jours maximum pour l'hospitalisation sans consentement. Le premier délai est lié à la matière pénale et à la recherche de la manifestation de la vérité ; le deuxième est lié à l'infraction aux règles sur l'entrée et le séjour des étrangers et à la nécessité de pouvoir procéder à une mesure d'éloignement ; le troisième est lié à la sécurité de soins et aux avis médicaux. Ces trois finalités différentes justifient des délais d'intervention différents du juge judiciaire. Il en va d'autant plus ainsi que l'atteinte aux droits et libertés est moins grande en rétention administrative qu'en garde à vue. Seule la liberté d'aller et venir est restreinte. Les droits de visite et de communiquer sont en revanche préservés.

Le Conseil reconnaît la spécificité du droit des étrangers en admettant des délais d'intervention du juge judiciaire qu'il censure en matière pénale. D'une part, le juge judiciaire n'intervient qu'après un délai de quatre jours en cas de privation de liberté en zone d'attente. Ceci ressort de l'article L. 221-3 du CESEDA issu de la loi du 20 novembre 2007⁵⁶. Cet article a alors unifié à quatre jours un délai précédent de deux fois deux jours. D'autre part, le droit actuel de la rétention fait déjà intervenir, dans certains cas, le juge judiciaire au terme d'un délai de quatre jours (deux jours de garde à vue + deux jours de rétention). Ce délai de quatre jours, écarté au pénal pour l'article 803-3⁵⁷, a été jugé conforme à la Constitution dans le droit de l'éloignement des étrangers⁵⁸.

En matière d'éloignement des étrangers, le Conseil admet donc, en l'état de sa jurisprudence, un délai de deux + deux jours pour l'intervention du juge judiciaire et censure une intervention de sept jours⁵⁹. Ce régime propre à la rétention des étrangers est justifié par sa finalité d'ordre public. La prévention des atteintes à l'ordre public est un objectif à valeur constitutionnelle⁶⁰ et les étrangers n'ont pas véritablement de droit au séjour sur le territoire, comme le Conseil a déjà eu l'occasion de le rappeler, en particulier en 2003 : « *Aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux*

⁵⁶ Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*.

⁵⁷ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F (Mise à la disposition de la justice)*.

⁵⁸ Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*.

⁵⁹ Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980 précitée.

⁶⁰ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 16.

étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. »⁶¹ Ainsi, les commentaires sous cette décision indiquent : « À cet égard, le parallèle avec la procédure pénale ne peut être poussé trop loin : il s'agit ici non de punir l'intéressé, mais d'aboutir à son éloignement, ce qui, s'agissant d'un étranger en situation irrégulière et ne relevant pas des catégories légalement protégées, est toujours d'ordre public. »⁶²

Le législateur a voulu utiliser pleinement la marge de manœuvre offerte, à ce jour, par la jurisprudence constitutionnelle en fixant à cinq jours de rétention l'intervention du juge judiciaire. La dualité des ordres juridictionnels et la réserve de compétence au profit de l'un ou l'autre est, en outre, une donnée constitutionnelle qu'il ne pouvait contourner⁶³. Le Conseil a en effet déjà censuré le transfert du contentieux des décisions administratives d'éloignement au juge judiciaire⁶⁴. Il n'en demeure pas moins que le JLD statue souvent avant le juge de l'excès de pouvoir, y compris lorsqu'il prolonge la rétention d'un étranger, sur le fondement d'une mesure d'éloignement qui sera annulée par le juge administratif. Il est par ailleurs constant que, du fait de l'intervention préalable du JLD qui valide ou met fin à la rétention, le juge administratif ne se prononce guère sur le placement en rétention. Mettre fin à cet enchevêtrement des compétences des juges administratif et judiciaire, souvent dénoncé, participait de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice⁶⁵. Cet objectif a déjà été pris en compte pour justifier, à l'article 803-3 du CPP, une intervention du juge judiciaire non plus à quarante-huit heures mais à soixante-huit heures de privation de liberté⁶⁶ :

« 6. Considérant, en premier lieu, que la rétention autorisée par la disposition contestée n'est permise que lorsque la comparution le jour même s'avère impossible ; qu'en réservant la mise en œuvre de cette mesure aux " cas de nécessité ", le législateur a entendu répondre, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à des contraintes matérielles résultant notamment de l'heure à laquelle la garde à vue prend fin ou du nombre des personnes déférées ; que, s'il appartient aux autorités compétentes, sous le contrôle des juridictions, de justifier des circonstances nécessitant la mise en œuvre de cette mesure de contrainte dérogatoire, la méconnaissance éventuelle de cette exigence n'entache pas d'inconstitutionnalité les dispositions contestées. »

⁶¹ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 précitée, cons. 38.

⁶² *Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 15.

⁶³ Décisions n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, cons. 15 et s ; 89-261 DC du 28 juillet 1989 précitée, cons. 19 et s.

⁶⁴ Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989 précitée.

⁶⁵ Objectif rappelé notamment dans la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 4.

⁶⁶ Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010, *M. Michel F (Mise à la disposition de la justice)*.

Avec la loi contestée, le juge administratif pourra avoir, dans le cas du paragraphe III de l'article L. 512-1 (OQTF sans délai de départ volontaire avec rétention ou assignation à résidence), à connaître du même recours dirigé contre la décision de placement en rétention, l'OQTF, la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant. Juge de la légalité des actes de l'administration, le juge administratif aura soixante-douze heures pour statuer. Dans son contrôle du placement en rétention, il devra vérifier si la mesure entre bien dans l'un des cas mentionnés à l'article L. 551-1.

Le juge judiciaire, saisi aux fins de prolongation de la rétention au terme d'un délai de cinq jours depuis la décision de placement en rétention, aura quant à lui vingt-quatre heures pour autoriser ou non la prolongation de la rétention. Il lui appartiendra de vérifier la régularité de l'interpellation, de la garde à vue, de l'acheminement au lieu de rétention, de la notification des droits...

Le Conseil constitutionnel, dans la présente décision, a pris acte de ce que le législateur a entendu, dans le respect des règles de répartition des compétences entre les ordres de juridictions, que le juge administratif statue rapidement sur la légalité des mesures administratives relatives à l'éloignement des étrangers avant que n'intervienne le juge judiciaire. Il a admis qu'en organisant ainsi le contentieux, le législateur a voulu garantir l'examen prioritaire de la légalité de ces mesures et, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, permettre un traitement plus efficace des procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Il en a conclu qu'en prévoyant que le juge judiciaire ne sera saisi, aux fins de prolongation de la rétention, qu'après l'écoulement d'un délai de cinq jours à compter de la décision de placement en rétention, le législateur a assuré entre la protection de la liberté individuelle et les objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de protection de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée.

Toutefois, le Conseil a jugé opportun de rappeler, ainsi que le prévoit l'article L. 554-1 du CESEDA qui n'a pas été modifié, qu'un étranger ne peut être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet⁶⁷.

Par ailleurs, il n'a déclaré conformes à la Constitution les dispositions contestées (articles 44 et 51 de la loi) que sous une réserve d'interprétation : lorsque l'étranger a été placé en rétention administrative à l'issue d'une garde à vue, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle exige que la durée de cette

⁶⁷ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 précitée, cons. 66.

garde à vue soit prise en compte pour déterminer le délai avant l'expiration duquel une juridiction de l'ordre judiciaire doit intervenir. La durée de la garde à vue peut être portée à quarante-huit heures en cas de renouvellement de la mesure par le procureur de la République. Les dispositions contestées ne sauraient donc, sans méconnaître l'article 66 de la Constitution, permettre que l'étranger privé de sa liberté soit effectivement présenté à un magistrat du siège après l'expiration d'un délai de sept jours à compter du début de la garde à vue.

2. – L'article 56

– Tout d'abord, cet article garde inchangées les conditions d'octroi par le JLD d'une seconde prolongation mais modifie la durée maximale de la rétention. Actuellement, l'article L. 552-7 du CESEDA prévoit que la durée de la première prolongation est de quinze jours. Puis sont distingués deux régimes de seconde prolongation : pour cinq jours, ainsi qu'il résulte de l'article L. 552-8, « *si l'administration démontre que l'impossibilité d'éloigner résulte du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat* » ou pour quinze jours, selon l'article L. 552-7, « *si l'impossibilité d'éloigner l'intéressé résulte de la perte ou de la destruction de ces documents de voyage* » ou « *en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité* ». La loi supprime cette distinction entre deux régimes de seconde prolongation qui, selon l'exposé des motifs, « *est source d'annulation de procédure en raison d'irrégularités liées au visa erroné du texte fondant la demande* »⁶⁸.

La durée de la première prolongation passe de quinze à vingt jours, celle de la seconde est unifiée à vingt jours, ce qui, toujours selon l'exposé des motifs, « *simplifie et sécurise le dispositif* ». La durée totale maximale de la rétention est ainsi désormais non plus de trente-deux jours, mais de quarante-cinq jours.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de connaître de l'allongement de la durée de rétention, notamment par la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, qui avait porté la durée maximale de la rétention de douze à trente-deux jours et notablement accru les cas dans lesquels cette prolongation pourrait être prononcée.

⁶⁸ Projet de loi n° 2400 Immigration, intégration et nationalité, déposé à l'Assemblée nationale le 31 mars 2010, Exposé des motifs par M. E. Besson, p. 31.

Il avait jugé dans sa décision du 20 novembre 2003⁶⁹ :

« 65. Considérant, en deuxième lieu, que l'allongement de la durée de la rétention est sans incidence sur le droit reconnu à l'étranger de contester la décision administrative qui le contraint à quitter le territoire français ; que ce droit est mis en œuvre par l'article 22 bis de l'ordonnance ; qu'en cas d'annulation de la mesure d'éloignement par le juge administratif, il est mis fin immédiatement au maintien en rétention de l'étranger, qui est alors muni d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que le préfet ait à nouveau statué sur son cas ;

« 66. Considérant, en troisième lieu, que l'étranger ne peut être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet ; que l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient ;

« 67. Considérant que, sous la réserve énoncée au considérant précédent, les griefs invoqués doivent être écartés. »

Le législateur a allongé la durée de la rétention à quarante-cinq jours justement pour permettre une meilleure exécution des décisions d'éloignement. La première cause d'échec de celle-ci reste le défaut de délivrance des documents consulaires. Philippe Richert a ainsi indiqué, au nom du Gouvernement, au Sénat : *« Le délai moyen de délivrance d'un laissez-passer consulaire est de trente-cinq jours pour la Chine, de trente-six jours pour le Pakistan, de trente-sept jours pour l'Inde, de trente-huit jours pour le Mali, de quarante-trois jours pour le Nigéria. Nous ne pouvons donc en rester à une durée de rétention maximale de trente-deux jours »*⁷⁰.

Le Conseil s'est borné à rappeler, comme précédemment, que les dispositions contestées ne modifient pas les dispositions précitées selon lesquelles l'étranger ne peut être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet. Et il a tenu à souligner que, comme il a été jugé au considérant 66 de la décision du 20 novembre 2003 susvisée, l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient. Ce qui l'a amené, sous cette réserve, à écarter les griefs invoqués.

⁶⁹ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 précitée.

⁷⁰ Séance du 9 février 2011, *Journal officiel Débats Sénat*, 10 février 2011, p. 1140.

– Ensuite, l'article 56 comportait un quatrième alinéa, issu d'un amendement du Gouvernement présenté au Sénat en première lecture, relatif à une autre possibilité de prolongation de la rétention : *« Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, si l'étranger a été condamné à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal ou si une mesure d'expulsion a été prononcée à son encontre pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées, le juge de la liberté et de la détention près le tribunal de grande instance de Paris peut, dès lors qu'il existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement et qu'aucune décision d'assignation à résidence ne permettrait un contrôle suffisant de cet étranger, ordonner la prolongation de la rétention pour une durée d'un mois qui peut être renouvelée. La durée maximale de la rétention ne doit pas excéder six mois. Toutefois, lorsque, malgré les diligences de l'administration, l'éloignement ne peut être exécuté en raison, soit du manque de coopération de l'étranger, soit des retards subis pour obtenir du consulat dont il relève les documents de voyage nécessaires, la durée maximale de la rétention est prolongée de douze mois supplémentaires. »*

L'exposé sommaire de cet amendement indiquait :

« Même s'ils sont un petit nombre, certains étrangers qui ont été condamnés pour activités en lien avec le terrorisme et font l'objet d'une interdiction du territoire ou d'une mesure d'expulsion sont assignés à résidence, faute d'avoir pu être éloignés du territoire à l'issue de leur peine d'emprisonnement :

« – soit parce qu'ils ont présenté un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a accordé l'effet suspensif au titre de l'article 39 de son règlement ; or la procédure d'instruction de ces requêtes prend souvent plusieurs mois ;

« – soit parce que l'OFPRA ou la CNDA, saisis d'une demande d'asile, ont rendu une décision d'exclusion de la protection, qui rend inenvisageable l'éloignement vers le pays d'origine parce qu'elle reconnaît le bien-fondé des craintes de mauvais traitements en cas de renvoi dans ce pays. Il est donc nécessaire de rechercher un pays tiers d'accueil, ce qui se révèle complexe et relativement long ;

« – soit parce que l'étranger étant dépourvu de document d'identité et de voyage, des démarches ont dû être entreprises auprès d'autorités consulaires pour obtenir sa reconnaissance et la délivrance des documents nécessaires à l'éloignement.

« Ces étrangers sont alors placés, jusqu'à ce que cette impossibilité d'éloignement cesse, sous un régime d'assignation à résidence dans les lieux et aux conditions fixés par l'autorité administrative. Ils ne peuvent quitter ces lieux sans autorisation préalable et sont astreints à une obligation de présentation aux services de police ou de gendarmerie, selon une périodicité déterminée en fonction de leur dangerosité.

« Toutefois, pour certains d'entre eux, il apparaît que l'assignation à résidence ne permet pas d'exercer un contrôle suffisant, de nature à garantir qu'ils ne se soustrairont pas à l'exécution de la mesure d'éloignement (risque de fuite).

« Compte tenu de l'intérêt particulier qui s'attache à leur éloignement eu égard à l'exceptionnelle gravité de la menace à la sécurité publique qu'ils représentent, il apparaît nécessaire de prévoir une procédure de rétention administrative adaptée dans sa durée. C'est l'objet du présent amendement.

« Cette décision de maintien en rétention est placée sous le contrôle du juge de la liberté et de la détention, amené à réexaminer la situation de l'intéressé à intervalles réguliers. Elle ne peut pas dépasser une durée maximale de six mois, sauf cas particuliers où elle peut être prolongée pour une durée supplémentaire limitée à douze mois. Elle ne peut en tout état de cause être maintenue que tant qu'il existe une perspective raisonnable d'éloignement de l'intéressé. »

Cet amendement avait été critiqué lors des débats parlementaires, notamment par Louis Mermaz : *« Si ce texte était définitivement voté par le Sénat, il permettrait de détenir certains étrangers plus de dix-huit mois en centre de rétention administrative. Certes, sont visées des personnes auteurs de faits graves, mais ce n'est pas une raison pour instituer une sorte de Guantanamo à la française. »*⁷¹

La « directive retour » autorise expressément les États à choisir cette durée de dix-huit mois. Le § 5 de son article 15 dispose : *« La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au §1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention qui ne peut pas dépasser six mois. »* Le 6° du même article 15 dispose : *« Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au § 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous les efforts raisonnables il est peu probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison a) du manque de coopération du*

⁷¹ Id., p. 1138.

ressortissant concerné d'un pays tiers ou b) des retards subis pour obtenir du pays tiers des documents nécessaires. »

La durée de rétention est beaucoup plus longue chez nos voisins qu'en France. Philippe Richert a ainsi indiqué au Sénat : « *La durée de rétention est illimitée au Royaume-Uni, elle est de dix-huit mois au Danemark, aux Pays-Bas, en Suède et en Allemagne, de huit mois en Belgique, de six mois en Autriche et de soixante jours en Espagne et en Italie.* »⁷²

Dans le contrôle de la récente loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI), le Conseil constitutionnel ne s'est pas saisi d'office de l'article 116 mettant en place un dispositif administratif de placement sous surveillance électronique mobile⁷³. Ce dispositif était réservé aux mêmes personnes condamnées à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme ou à l'encontre desquels une mesure d'expulsion a été prononcée « *pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées* ».

Néanmoins, un élément important s'inscrivait dans le sens de l'inconstitutionnalité de ce quatrième alinéa de l'article L. 552-7 : la personne concernée a purgé sa peine. Dès lors, si elle peut être placée en rétention à des fins d'exécution de la mesure d'éloignement, rien ne peut justifier que la durée de ce placement atteigne un an et demi. Le Conseil a donc jugé que la dernière phrase du quatrième alinéa de l'article L. 552-7 du CESEDA, dans sa rédaction issue de l'article 56 de la loi déferée, devait être déclarée contraire à la Constitution. La prolongation de la rétention, si elle peut être admise pour une durée maximale de six mois, n'est pas possible pour une durée supplémentaire de douze mois.

3° – En ce qui concerne l'article 47 relatif à l'assignation à résidence, dans la rédaction qu'il donne à l'article L. 561-2 du CESEDA.

Cet article prévoit que l'autorité administrative peut prendre à l'égard d'un étranger qui pourrait être placé en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire une mesure d'assignation à résidence si l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et s'il présente des garanties de représentation.

⁷² Id., pp. 1140-1141.

⁷³ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011.

Le Conseil s'est contenté de répondre qu'une telle mesure ne comporte aucune privation de la liberté individuelle⁷⁴ et que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution est inopérant.

C. - Le grief tiré de l'atteinte portée à la liberté d'aller et de venir

Ce grief est soulevé à l'encontre du même article, les requérants soutenaient en effet que la disposition méconnaissait la liberté individuelle ou, à tout le moins, la liberté d'aller et de venir.

Le Conseil a repris un considérant classique en rappelant 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 tous ceux qui résident sur le territoire de la République et que, parmi ces droits et libertés, figure la liberté d'aller et de venir.

Après avoir constaté que la mesure d'assignation à résidence prévue par la disposition contestée se substitue à une mesure de rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire et qu'une telle mesure est placée sous le contrôle du juge administratif qui est compétent pour en apprécier la nécessité, il a conclu qu'elle ne porte pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir.

VI. – Les autres dispositions

A. – Les articles 73 à 88

Ces articles sont relatifs au travail dissimulé, à l'emploi d'étrangers sans titre de travail, au contrôle du travail illégal et à la situation des salariés d'un établissement provisoirement fermé par décision de justice en raison de travail dissimulé, de marchandage ou de prêt illicite de main d'œuvre.

Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi les requérants dans leur démarche. Deux semaines après avoir rendu la décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011 sur la loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016, il leur a appliqué sa jurisprudence selon laquelle, en l'absence de grief particulier à l'encontre de ces dispositions, il se réservait le droit de ne pas examiner spécialement ces dispositions d'office. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il jugé ces dispositions conformes à la Constitution, tout en

⁷⁴ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants du réseau de transport public de voyageurs*, cons. 20.

préservant la possibilité que des QPC soient à l'avenir, le cas échéant, soulevées sur ces dispositions.

B. – L'article 94 relatif aux sanctions pénales relatives à la méconnaissance des mesures d'éloignement ou d'assignation à résidence

L'article 94 modifie la rédaction de l'article L. 624-1 du CESEDA, qui tire son origine de l'article 27 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France et qui, depuis 1945, a été régulièrement modifié pour étendre la sanction de trois ans d'emprisonnement aux nouvelles mesures d'éloignement ou connexes adoptées par le législateur⁷⁵.

Le premier alinéa de l'article L. 624-1 dans sa version antérieure à la modification apportée par l'article 94 est ainsi rédigé :

« Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris, moins d'un an auparavant, sur le fondement du 8° du II de l'article L. 511-1 et notifié à son destinataire après la publication de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France, sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement. »

L'article 94 lui donne la rédaction suivante :

« Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français ou qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois ans auparavant en application de l'article L. 533-1, aura pénétré de nouveau sans autorisation en France, sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement. »

⁷⁵ Article 24 de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France ; article 18 de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile ; article 73 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006.

De la comparaison de ces deux versions, il ressort que l'article 94 ne modifie pas la sanction applicable à l'étranger qui se serait soustrait ou qui aurait tenté de se soustraire à l'exécution d'une mesure de refus d'entrée en France, d'un arrêté d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français. Il se borne à étendre cette sanction à l'étranger qui, expulsé ou ayant fait l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, d'une interdiction de retour sur le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois ans auparavant en application de l'article L. 533-1, aurait pénétré de nouveau sans autorisation en France.

Le seul grief dirigé contre l'article 94 par les requérants et tiré de l'erreur manifeste de transposition des articles 15 et 16 de la directive 2008/115/CE ne portait que sur la partie non modifiée de l'article 94, qui était antérieure à cette directive et ne pouvait donc être regardée comme procédant à sa transposition. Au surplus, comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 12 mai 2011⁷⁶, en principe, « *la législation pénale et les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres* » même si ces derniers « *ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile* ».

Or, si le Conseil constitutionnel accepte, depuis 2004, d'exercer un contrôle restreint de la transposition d'une directive par une disposition législative qui lui est soumise, il se refuse à vérifier si une disposition législative qui n'a pas pour objet une transposition d'une directive est compatible avec cette dernière⁷⁷.

Le grief a donc été écarté et l'article 94 déclaré conforme à la Constitution.

C. – L'article 95 relatif à l'aide juridictionnelle devant la Cour nationale du droit d'asile

Le 2° de l'article 95 complète l'article L. 731-2 du CESEDA par un alinéa ainsi rédigé : « *Le bénéfice de l'aide juridictionnelle ne peut pas être demandé dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides rejetant une demande de réexamen lorsque le requérant a, à l'occasion d'une précédente demande, été entendu par l'office ainsi que par la Cour nationale du droit d'asile, assisté d'un avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle* ».

⁷⁶ CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, n° C-61/11, § 53 et 55.

⁷⁷ Décisions n°s 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 28 ; 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 31.

En adoptant cette disposition, le législateur a voulu, afin d'améliorer les délais de jugement, limiter les recours en réexamen, qui constituent environ 20 % des recours formés devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et qui présentent souvent un caractère dilatoire, et alléger la charge financière de cette aide. Suite à la généralisation de l'aide juridictionnelle par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, qui a supprimé l'exigence d'entrée régulière sur le territoire français, il a en effet été constaté une multiplication par cinq des admissions à l'aide juridictionnelle entre 2008 et 2009, passant de 1 202 à 6 185 admissions et une augmentation de la dépense dans une proportion comparable, passant de 219 629 euros en 2008 à 1 130 123 euros en 2009.

Deux griefs étaient développés contre cette restriction de l'aide juridictionnelle en cas de réexamen d'une demande d'asile : selon les requérants, cette restriction portait atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif et était manifestement incompatible avec la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États-membres.

Ce dernier grief a été écarté sans examen de son bien-fondé au motif que l'article 95 n'avait, pas plus que l'article 94, pour objet la transposition de cette directive.

Quant au grief de fond, il a été également rejeté. Si le Conseil constitutionnel n'a jamais constitutionnalisé le droit à l'aide juridictionnelle, il veille cependant à ce qu'il ne soit pas porté « d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif ». Il juge ainsi depuis 1996⁷⁸, en citant l'article 16 de la Déclaration de 1789, qu'« *il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ».

En l'espèce, il a constaté que l'aide juridictionnelle peut être sollicitée par tout étranger déposant une première demande d'asile et peut l'être également dans le cadre d'un réexamen de sa demande dès lors qu'il n'a pas bénéficié de cette aide pour le dépôt de sa première demande. Il en a tiré la conclusion que l'article 95, qui donne à l'étranger la garantie qu'il sera entendu une fois par la CNDA avec l'aide d'un avocat, ne méconnaît pas le droit au recours effectif devant une juridiction et ce, d'autant plus que le ministère d'avocat n'est pas obligatoire devant cette juridiction. Il a, par suite, validé cette disposition.

⁷⁸ Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

D. – L'article 98 relatif à l'utilisation de moyens de communication audiovisuelle pour les requérants situés outre-mer

L'article 98 complète l'article L. 733-1 du CESEDA afin de permettre à la CNDA de recourir à des moyens de communication audiovisuelle pour entendre les requérants souhaitant présenter des observations au soutien de leur recours. Il dispose, en particulier, que « *le requérant qui, séjournant en France métropolitaine, refuse d'être entendu par un moyen de communication audiovisuelle est convoqué, à sa demande, dans les locaux de la cour* ».

En adoptant cette disposition, le législateur a entendu prendre en compte la spécificité de la CNDA. Certes, en théorie, la présence à l'audience de l'étranger n'est pas obligatoire mais l'expérience montre que l'oralité des débats joue un rôle important dans l'examen du recours, notamment en ce qui concerne la réalité des craintes de persécutions en cas de retour dans le pays d'origine. Certes, la Cour avait essayé de pallier l'éloignement des requérants situés dans un département ou une collectivité d'outre-mer en organisant des « missions foraines » en Guadeloupe, en Guyane et à Mayotte. Mais les difficultés de cette organisation et le coût qui en résulte ont amené le législateur à permettre à la CNDA d'avoir recours à la visioconférence pour entendre les requérants séjournant dans un département d'outre-mer, dans une collectivité d'outre-mer ou en Nouvelle-Calédonie.

Les requérants ne partageaient pas ce point de vue et estimaient qu'en réservant aux seules personnes se trouvant sur le territoire métropolitain la faculté d'exiger d'être entendues dans les locaux de la cour, l'article 98 était contraire au principe d'égalité ainsi qu'au droit à une procédure juste et équitable.

Le grief tiré de la rupture d'égalité ne pouvait prospérer dès lors que les étrangers situés outre-mer et ceux se trouvant en métropole se trouvent évidemment dans une situation différente au regard du siège de la CNDA qui est situé à Montreuil-sous-Bois.

Le second grief paraissait plus sérieux d'autant plus que, dans une affaire proche, le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif au motif 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* »⁷⁹. Or, en l'espèce le consentement n'était pas exigé.

⁷⁹ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 précitée, cons. 82.

Toutefois, si le Conseil constitutionnel a relevé, en 2003, le fait que le législateur avait exigé le consentement du requérant, il n'en avait pas fait une condition de constitutionnalité de la mesure. Pour juger que l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle n'est pas contraire au droit à un procès juste et équitable, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, il a examiné l'ensemble des garanties offertes par le législateur sans faire de chaque garantie une condition de constitutionnalité. En l'espèce, il a reconnu que ces garanties étaient suffisantes : salle d'audience spécialement aménagée à cet effet, ouverte au public et située dans des locaux relevant du ministère de la justice ; déroulement de l'audience en direct en assurant la confidentialité de la transmission ; droit pour l'intéressé d'obtenir la communication de l'intégralité de son dossier ; présence de l'avocat auprès du requérant, s'il en dispose d'un ; réalisation d'un procès-verbal ou d'un enregistrement audiovisuel ou sonore des opérations.

Au vu de ces éléments et des objectifs poursuivis par le législateur (bonne administration de la justice et bon usage des deniers publics), le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 98 conforme à la Constitution.