

## GROUPE SOCIALISTE DU SENAT

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

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

Certaines des dispositions du texte appellent votre censure sur la base du même fondement, l'atteinte aux principes inscrits aux articles 66 de la Constitution et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lesquels l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle et qu'est proscrit toute rigueur qui ne serait pas nécessaire ; elles seront donc traitées ensembles. Les autres dispositions en cause seront considérées individuellement.

### **SUR LES MANQUEMENTS AUX ARTICLES 66 DE LA CONSTITUTION ET 9 DE LA DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN**

Conformément à l'article 66 de la Constitution : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

Cette disposition constitutionnelle implique non seulement que toute personne privée de sa liberté puisse avoir accès à un juge, mais encore que ce juge puisse exercer un contrôle effectif sur la décision contestée. Or les requérants considèrent que les dispositions de la loi ici disputée relatives au délai d'intervention du juge des libertés (1), aux purges des nullités (2), à la limitation des moyens invocables devant le juge de la zone d'attente (3), ainsi qu'au délai de recours suspensif accordé au ministère public (4) méconnaissent toutes ces exigences constitutionnelles fondamentales pour la protection des libertés individuelles.

Il ressort en effet sans ambiguïté aucune de la jurisprudence de votre haute juridiction qu'aussi bien le maintien d'un étranger en zone d'attente (92-307 DC du 25 février 1992, cons. 15), que son maintien en centre de rétention administrative (2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 51) constituent des mesures affectant la liberté individuelle qui appellent l'intervention pleine et entière du juge judiciaire<sup>1</sup>.

Comme il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789<sup>2</sup> que la « *liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* » (2010-31 QPC du 22 septembre 2010, cons. 5).

---

<sup>1</sup> Cf. également *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 15<sup>ème</sup> éd, p. 546, § 13.

<sup>2</sup> « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi. ».

## 1. Quant aux articles 44 et 51

Les articles 44 et 51 prévoient tous deux que, dorénavant, 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 5 jours, et non plus de 48 heures. En d'autres termes, pendant un délai, *a minima*, de 5 jours, un étranger pourra se retrouver privé de liberté par l'autorité administrative, sans possibilité aucune d'avoir accès à un juge du siège.

Il est pourtant constant que depuis votre décision n° 79-109 DC, la « *liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient **dans le plus court délai possible*** » (9 janvier 1980, cons. 4).

Or ce délai de 5 jours ne peut être considéré comme conforme à cette exigence. A cet égard, et à l'instar de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, il convient d'abord de relever que « *cet allongement considérable du délai de privation de liberté avant toute intervention du juge judiciaire n'est nullement imposé par la 'directive retour' dont le projet de loi est présenté comme l'application en droit français* »<sup>3</sup>.

**Ensuite et surtout, il ne saurait être regardé comme le plus court délai possible.**

*Primo*, parce que dans de nombreux cas, pour ne pas dire l'essentiel des cas, la décision préfectorale de placement en rétention administrative sera précédée d'une mesure de garde à vue. **Dans ces hypothèses, les plus nombreuses, ce n'est donc pas pendant 5 jours que les étrangers concernés seront privés d'accès au juge du siège, mais bien pendant 6, voire 7 jours.** Or comme vous l'avez expressément indiqué dans votre décision précitée, le maintien « *en détention pendant sept jours sans qu'un juge ait à intervenir, de plein droit ou à la demande de l'intéressé (...)* n'est pas conforme à la constitution » (cons. 4).

*Secundo*, que ce soit dans votre décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980 (cons. 4), ou dans celle n° 97-389 DC du 22 avril 1997 (cons. 54), c'est par deux fois en vous fondant sur l'intervention du juge judiciaire **dans un délai de 48 heures** que vous aviez admis la conformité des dispositifs contestés à l'article 66 de la Constitution. **Rappelons d'ailleurs à cet égard que, dans votre décision de 1997, vous aviez validé le passage de 24 à 48 heures en tenant compte du fait que, dans le même temps, la loi réduisait de 6 à 5 jours le délai de prorogation du maintien en rétention.** De même, si dans votre décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, vous aviez validé l'extension du délai maximal de maintien en rétention, c'est uniquement après avoir rappelé que cet allongement ne remettait « *pas en cause le contrôle de l'autorité judiciaire (...) au-delà de quarante huit heures* » (cons. 64). **Or, en l'espèce, non seulement l'allongement du délai de recours au juge passe de 2 à 5 jours, mais il s'accompagne de l'allongement de la durée maximale de rétention**

<sup>3</sup> Avis du 5 juillet 2010, § 10.

**qui passe, elle, de 32 à 45 jours.** Aucune circonstance donc n'appelle à ce que vous renonciez à votre propre jurisprudence. Tout au contraire.

En effet, hormis les décisions précitées spécifiques à la rétention administrative des étrangers, il ressort de manière générale de vos décisions rendues en matière de garde à vue que l'intervention d'un juge du siège au-delà d'un délai de 48 heures a acquis une valeur constitutionnelle. Ainsi, déjà dans votre décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, aviez vous jugé qu'au-delà de 48 heures, « *l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser (...) la prolongation de la garde à vue, est nécessaire conformément aux dispositions de l'article 66 de la Constitution* » (cons. 25). Et encore tout récemment, comme l'indique le commentaire aux *Cahiers* de votre décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, vous avez « **confirmé qu'au-delà de quarante-huit heures de privation de liberté, l'article 66 de la Constitution impose que la privation de liberté soit placée sous le contrôle d'un magistrat du siège** ». C'est ainsi que vous avez rappelé que la possibilité pour le parquet de retenir pendant une durée de 20 heures un prévenu en attendant sa mise à la disposition de la justice « *méconnaîtrait la protection constitutionnelle de la liberté individuelle si la personne retenue n'était pas effectivement présentée à un magistrat du siège avant l'expiration* » de ce délai si elle s'appliquait à l'issue d'une garde à vue ayant duré 48 heures (2010-80 QPC du 17 décembre 2010, cons. 11).

Et même quand il s'est agi de vous prononcer sur la constitutionnalité de la prolongation de la garde à vue en matière de terrorisme à 6 jours, vous ne vous êtes pas contentés de la valider au regard de l'intervention du juge du siège, mais également au regard de l'article 9 de la Déclaration de 1789. Ainsi cette prolongation n'a-t-elle eu grâce à vos yeux, fût-elle prononcée par le juge des libertés, qu'eu égard à son caractère « *exceptionnel* » qui la rendait conforme au principe de rigueur nécessaire (2010-31 QPC du 22 septembre 2010, cons. 5).

Rien ne justifie qu'il en soit autrement pour les étrangers, puisque si, selon vos propres termes, le législateur peut prendre à leur égard « *des dispositions spécifiques* », c'est à la condition de « *respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* », parmi lesquels figurent en premier lieu « *la liberté individuelle et la sûreté* » et des « *droits de la défense* » (93-325 DC du 13 août 1993, cons. 3, 84 et 113).

**Or, s'agissant d'étrangers dont il n'est pas démontré qu'ils représentent un danger particulier pour la sauvegarde de l'ordre public, c'est en vain que vous rechercherez une exigence constitutionnelle justifiant pareille rigueur dans l'application de la loi.**

Les deux principaux arguments avancés par les promoteurs du nouveau dispositif ne sauraient en effet prospérer.

L'argument qu'il vous appartiendra en premier lieu d'écarter, énoncé dans le rapport initial de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, indique qu'une libération par le JLD pourra se justifier « *par l'existence d'une irrégularité liée à la procédure*

*civile ou pénale* », mais que dans ce cas elle aura alors « *pour conséquence d'empêcher l'exécution d'une mesure d'éloignement légale* ». Aussi, toujours selon les termes du même rapport, le « *passage du délai de rétention administrative de deux à cinq jours permettra dans certaines circonstances d'exécuter la mesure d'éloignement dès que le juge administratif, juge du fond en matière de droit des étrangers, aura rendu sa décision* » (rapport n° 2814, 16 septembre 2010, p. 249).

**Si les requérants avaient cherché à démontrer que l'objectif véritable poursuivi par le législateur n'était pas celui de la bonne administration de la justice, mais la marginalisation du juge judiciaire, empêcheur « d'expulser en rond », ils ne l'auraient pas dit autrement ! En effet, il s'agit là ni plus ni moins de l'aveu que c'est l'Etat de droit que l'on cherche à contourner, au nom de l'efficacité des mesures de renvoi.**

Or le risque que fait peser pareille disposition sur la liberté individuelle des étrangers est très loin d'être théorique. En effet, selon le rapport annuel 2009 de la Cimade, **ce ne sont pas moins de 4000 étrangers** qui pourraient ainsi être reconduits à la frontière sans avoir pu être à même de bénéficier d'un accès au JLD<sup>4</sup>.

L'autre argument qui manque tout autant de pertinence, réside dans l'idée que l'enchevêtrement des procédures administratives et judiciaires nuit à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. Ainsi, toujours selon les termes du rapport de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, il serait « *indispensable de purger au préalable le contentieux sur la décision de rétention par l'administration avant que n'intervienne le juge judiciaire* » (p. 249). Avec le nouvel agencement, et conformément à l'article 48 du projet de loi, le juge administratif statuerait ainsi toujours avant le JLD, puisque, saisi dans les 48 heures, il aurait 72 heures pour se prononcer.

A cet égard, s'il va de soi que les requérants ne remettent pas en cause la valeur constitutionnelle de l'objectif de bonne administration de la justice qui découle des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration de 1789, **ils rappellent néanmoins que, ne pouvant « être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution », cet objectif ne fait pas partie des « droits et libertés que la Constitution garantit », contrairement aux exigences inscrites aux articles 9 de la Déclaration et 66 de la Constitution ici en cause** (2010-77 QPC du 10 décembre 2010, cons. 3). Il ressort par ailleurs de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation que « *les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoquées pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable* »<sup>5</sup>. **Autrement dit, dans la conciliation**

<sup>4</sup> [http://cimade-production.s3.amazonaws.com/publications/documents/43/original/RAPPORTannuel\\_CIMADE\\_BD.pdf?1286381622](http://cimade-production.s3.amazonaws.com/publications/documents/43/original/RAPPORTannuel_CIMADE_BD.pdf?1286381622), p. 20

<sup>5</sup> Communiqué de la Première présidence relatif aux arrêts 589, 590, 591 et 592 du 15 avril 2011 rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur la régularité de mesures de garde à vue

**qu'il appartenait au législateur d'assurer entre, d'une part, un simple objectif, et, d'autre part, d'impératives exigences, la balance ne pouvait pencher en faveur du premier aux dépens des secondes, sauf impérieuse nécessité avérée.**

**Or à aucun moment il n'a été ni avancé ni démontré que le recours au JLD dans un délai de 48 heures était devenu intenable et mettait à mal le bon fonctionnement de la justice.** Il n'est par exemple fait état d'aucune contrainte matérielle qui exigerait un report de l'intervention du juge du siège comme c'était le cas dans votre décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2010 (cons. 6). **D'une certaine manière, c'est même au contraire son trop bon fonctionnement qui lui est reproché quand le législateur se plaint de ce qu'il aboutisse à des libérations avant que la mesure d'éloignement n'ait pu être exécutée.**

D'ailleurs, l'argument selon lequel le dispositif viserait à conjurer le risque de voir le JLD autoriser la prolongation d'une rétention alors même que celle-ci, en tant que mesure administrative sera ultérieurement annulée par le juge administratif, a été battu en brèche par le Commission des Lois du Sénat elle-même. Selon ses propres termes : *« Il convient toutefois de noter que ce cas est relativement peu fréquent et qu'il arrive au contraire souvent que le JLD remette un étranger en liberté du fait d'une irrégularité commise par l'administration alors même que la mesure de placement en rétention est légale, et que l'éloignement aurait été exécuté si le JLD n'était pas intervenu »* (rapport n° 239 (2010-2011), p. 34).

Par surcroît, la simultanéité des deux procédures n'est pas, en réalité, contraire à l'objectif de bonne administration de la justice, dès lors qu'elle découle du principe fondamental reconnu par les lois de la République de séparation des juridictions administrative et judiciaire qui impose que chacun des ordres de juridiction se prononce sur la matière qui lui revient : la liberté individuelle pour le juge judiciaire ; la licéité de l'arrêté préfectoral pour la juridiction administrative (89-261 DC du 28 juillet 1989, cons. 19 et 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 64-65). D'ailleurs, selon vos propres termes, la bonne administration de la justice elle-même *« commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés »* (89-261 DC, cons. 29). L'intervention préalable du juge administratif ne peut à cet égard être considérée comme une garantie, ce dernier n'étant pas le garant de la liberté individuelle, mission confiée exclusivement au juge de l'ordre judiciaire par l'article 66 de la Constitution. **Aussi, le principe selon lequel le délai d'intervention du juge judiciaire doit être le plus court possible s'impose en toutes circonstances, indépendamment de l'intervention du juge administratif<sup>6</sup>.**

---

<sup>6</sup> Les requérants font leur le constat de la Commission nationale consultative des droits de l'homme selon lequel ce *« prétendu enchevêtrement (...) est en réalité une garantie du respect des droits des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement »* (avis précité, § 13). La Cour européenne des droits de l'homme elle-même, toujours à propos de l'existence des deux types de recours, a salué *« la complémentarité des recours existants pouvant permettre de contrôler l'ensemble des éléments de la légalité d'un acte puis aboutir à la libération de la personne internée »* (Baudoin c. France, 18 novembre 2010, n° 35935/03, § 108).

**Enfin, le précédent ne saurait être invoqué à bon escient. La Commission des Lois de l'Assemblée nationale elle-même admet que la possibilité inscrite dans la loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 de maintenir un étranger en zone d'attente pendant 4 jours ne saurait en aucun cas servir de justification à l'allongement de la durée de la saisine du juge pour ce qui concerne la rétention administrative** (rapport n° 2814, p. 248)<sup>7</sup>. D'abord parce que le Conseil constitutionnel n'avait pas été saisi de ce texte, ensuite et surtout parce que vous-même avez jugé que « *le maintien d'un étranger en zone de transit (...) n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention* » (92-307 DC du 25 février 1992, cons. 14).

Ainsi, en portant une atteinte manifestement excessive au droit au juge et en imposant une rigueur non nécessaire dans l'application de la loi, le législateur a procédé à une conciliation qui n'est pas proportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et les exigences posées aux articles 66 de la Constitution et 9 de la Déclaration de 1789 (2010-62 QPC du 17 décembre 2010, cons. 6). Et à ce titre, la disposition en cause encourt votre censure.

## 2. Quant aux articles 12 et 57

Ces deux dispositions introduisent dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) deux articles L. 222-3 et L. 552-8 rédigés dans les mêmes termes : « *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* ».

Elles tendent ainsi à instaurer une procédure de purge des nullités visant à limiter les moyens susceptibles d'être soulevés devant le JLD statuant sur la seconde prolongation du maintien en zone d'attente ou du maintien en rétention administrative. Ainsi ne seraient pas invocables devant le JLD statuant sur une demande de seconde prolongation les irrégularités commises antérieurement à la première prolongation.

Les promoteurs de ce dispositif invoquent à cet égard une jurisprudence constante depuis 1996 de la Cour de cassation selon laquelle la première ordonnance rendue par le JLD purge les irrégularités antérieures<sup>8</sup>.

Cette position se justifierait également par la raison d'être de la seconde audience de prolongation qui se limiterait à la seule appréciation des conditions présidant au maintien en zone d'attente ou en rétention.

**Les requérants ne partagent pas ce point de vue. Ils rappellent à cet égard que c'est en toute circonstance que l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle dès lors que cette dernière est en cause.** Ils rappellent également que cette exigence, ainsi que celle qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789, impose que soit garanti « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours*

<sup>7</sup> Cf. également en ce sens le rapport du Sénat en deuxième lecture, n° 392 (2010-2011), p. 53.

<sup>8</sup> Cf. notamment l'arrêt 00-50072 du 29 mars 2001.

*juridictionnel effectif ainsi que le respect des droits de la défense qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* » (2010-62 QPC du 17 décembre 2010, cons. 3). Aussi incombe-t-il « à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond » fixées par la loi (93-323 DC du 5 août 1993, cons. 5). Cette exigence est également consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme pour qui seul mérite l'appellation de « tribunal » l'organe qui « ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait ou de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi » (*Ravon c. France* du 21 février 2008, n° 18497/03, § 27).

**En outre, pour apprécier la réalité de l'effectivité du recours en l'espèce, vous ne pourrez ignorer les circonstances de fait dans lesquelles se déroulent ces procédures, et notamment l'urgence qui les caractérise, ainsi que le public qu'elles concernent, particulièrement démunis, assisté éventuellement d'avocats agissant eux-mêmes dans des délais extrêmement contraints.** A cet égard, votre haute juridiction avait elle-même pris en compte le caractère particulièrement défavorisé des personnes susceptibles de faire l'objet d'une évacuation préfectorale, pour juger que le recours qui leur était offert, fût-il suspensif, ne constituait pas une « *garantie suffisante* » pour respecter l'exigence d'un recours effectif (2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 55).

**Enfin, la transposition dans le code des étrangers et du droit d'asile d'une procédure civile qu'est la purge de nullités, revient à méconnaître la spécificité du droit des étrangers, très proche du droit pénal du fait des privations de liberté encourues.**

Si vous ne censuriez pas cette disposition pour autant, les requérants vous demanderaient à tout le moins de réserver l'hypothèse dans laquelle les éléments attestant de l'existence d'une irrégularité avant la première audience n'auront été révélés qu'après celle-ci, et avant la seconde audience. **En d'autres termes, ils vous demanderaient d'émettre une réserve d'interprétation concernant l'apparition d'éléments nouveaux relatifs aux irrégularités commises antérieurement à la première audience.**

### **3. Quant à l'article 13**

Cette disposition introduit à l'article L. 222-3 du CESEDA un nouvel alinéa selon lequel : « *L'existence de garanties de représentations de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente* ».

Le législateur ici n'en fait pas secret, il s'agit ni plus ni moins que de revenir sur une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation selon laquelle « *le maintien en zone d'attente au-delà du délai de quatre jours déjà utilisé par l'Administration n'est qu'une faculté pour le juge* » et que, dès lors que l'étranger présente des garanties de

représentation suffisantes, il peut être remis en liberté (arrêt 00-50079 de la 2<sup>ème</sup> chambre civile du 21 février 2002).

Cette volonté est singulière à deux égards. D'abord parce que le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat fait état d'un chiffre extrêmement précis des cas dans lesquels les demandes de prolongation ont été refusées sur le fondement des garanties de représentation : 27,59% (rapport n° 239, p. 82). **En revanche, aucun chiffre n'indique dans quelle proportion les étrangers concernés se sont effectivement représentés. Ce qui eût pourtant été utile à l'appréciation de la nécessité d'une telle mesure.**

Ensuite parce que les tenants de ce dispositif font en réalité grief à la Cour de cassation de dire quelque chose qu'elle ne dit pourtant pas. La Cour n'impose pas en effet, contrairement à ce que laisse entendre ici le législateur, que l'existence de garanties de représentation oblige à la remise en liberté. Elle en fait une simple faculté.

**En supprimant la faculté pour le JLD de tenir compte uniquement des garanties de représentation de l'étranger pour décider de sa remise en liberté, la disposition ici en cause porte atteinte à l'office du juge dans son rôle de garant de la liberté individuelle.** En effet, la faculté de libérer est au cœur de la mission du juge du siège, sa raison d'être, et même la condition pour qu'il puisse être ainsi qualifié. Comme le rappelle avec constance la Cour européenne des droits de l'homme, la charge du magistrat comporte celle « *d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement* » (*Medvedyev et autres c. France* du 29 mars 2010, n° 3394/03, § 124).

**Priver le juge de cette faculté, c'est en outre faire de la détention la règle, et de la liberté l'exception, en contradiction flagrante avec le principe même de la liberté individuelle qui suppose l'inverse<sup>9</sup>.**

Aussi, pour l'ensemble de ces motifs, vous censurerez aussi cette disposition.

#### 4. Quant aux articles 16 et 58

Ces deux dispositions tendent à allonger de 4 à 6 heures le délai dans lequel le parquet peut demander au premier Président de la Cour d'appel d'accorder un caractère suspensif à l'appel formé contre une décision de refus de maintien en zone d'attente ou de maintien en rétention administrative.

Les requérants n'ignorent pas que, malgré les critiques déjà émises par eux sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, vous avez par trois fois validé pareil dispositif, deux fois concernant spécifiquement le droit des étrangers (97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 56-64 et 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 72-78), et une fois concernant le « *référé-détention* » (2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 69-74).

<sup>9</sup> Cf. notamment le paragraphe 1.2.6. des tables du Conseil constitutionnel dont l'intitulé est : « *Principe selon lequel la liberté est la règle* ».



Les auteurs de la présente saisine, sans qu'il soit nécessaire de reprendre un à un les moyens invoqués à l'occasion de leurs précédents recours, relèvent néanmoins que vous aviez à chaque fois indiqué que, « *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 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* ».

Et si vous aviez toutefois admis qu'il soit apporté une exception à ce principe, c'est notamment en considération, comme l'indique le commentaire aux *Cahiers* de votre décision de 2003, du fait que ce délai était « *strictement nécessaire au déroulement* » de la procédure. Le gouvernement lui-même, dans ses Observations sur le recours formé contre la loi de 1997, relevait que « *la possibilité d'appel suspensif du parquet est encadrée par la nécessité, pour celui-ci, de le manifester immédiatement, c'est-à-dire dans des cas où il aura été présent à une audience et aura pu relever d'emblée une violation flagrante de la règle du droit.* »

**Or en l'espèce, un délai de 6 heures va au-delà de ce qui est strictement nécessaire au bon déroulement de cette procédure.** En effet, comme l'admettent d'ailleurs eux-mêmes les promoteurs du dispositif, si cette faculté est peu utilisée par le parquet, c'est moins en raison de la contrainte imposée par le délai de 4 heures, que pour « *des raisons structurelles (encombrement des parquets notamment) que le projet de loi ne pourra pas résoudre* ». Le directeur des affaires civiles et du sceau ayant notamment fait savoir à la Commission des Lois de l'Assemblée nationale que « *la présence du parquet aux audiences du JLD de prolongation de la rétention ou du maintien en zone d'attente n'était pas la priorité du ministère public* », et que c'est « *cette absence aux audiences [qui] rend très difficile la mise en œuvre de la procédure de façon satisfaisante dans des délais aussi courts* » (rapport n° 2814, pp. 169-170). **En d'autres termes, si le gouvernement souhaitait réellement favoriser le recours à cette procédure, il aurait suffi au Garde des Sceaux d'adresser une circulaire en ce sens à l'attention des parquetiers, et non enfoncer un coin supplémentaire dans une liberté constitutionnellement garantie.**

Là aussi donc, votre censure est encourue sur le fondement de l'article 66 de la Constitution et de la prohibition d'une rigueur non nécessaire.

\*

\*      \*

Prises dans leur ensemble, ces dispositions montrent combien la logique du législateur est limpide : limiter et marginaliser toujours un peu plus le rôle du juge du siège.

Pourtant, s'il était loisible au législateur « *d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appart[enait] d'apprécier l'opportunité* », ce n'était qu'à la stricte condition que

l'exercice de ce pouvoir n'aboutisse pas « *à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 6 et 10). C'est néanmoins l'inverse que les requérants vous invitent ici à constater.

## **SUR L'ARTICLE 2**

L'article 2 tend notamment à introduire à l'article 21-24 du code civil un nouvel alinéa selon lequel : « *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* ».

**C'est le renvoi de la rédaction et de l'approbation de cette charte au pouvoir réglementaire qui est ici en cause. En effet, en procédant à ce renvoi, le législateur est resté manifestement en deçà de sa compétence, et méconnu l'exigence constitutionnelle de clarté et de prévisibilité de la loi.**

Il ressort ainsi de votre jurisprudence qu'il « *incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34* », et que « *le plein exercice de cette compétence, ainsi que 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, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* », et, ce, dans le but 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* » (2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 19).

En l'espèce, l'article 34 n'a confié qu'à la loi le soin de fixer « *les règles concernant (...) les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », ainsi que les règles concernant « *la nationalité* ».

**Or, primo, dès lors que l'adoption de cette « *charte des droits et devoirs du citoyen* » relevait directement de la catégorie des règles concernant « *les droits civiques et les garanties fondamentales* » qui sont accordées aux citoyens, c'était au législateur de les élaborer et de les adopter.**

**Et, secundo, il ne saurait être argué du caractère non normatif de la future charte pour justifier ce renvoi au décret, dès lors que sa signature conditionnera dans les faits l'accession à la nationalité française. Aussi, en confiant au pouvoir réglementaire le soin de rédiger cette charte, le législateur lui a-t-il par la même occasion conféré la possibilité de déterminer des règles concernant, *in fine*, la nationalité.**

**L'exécutif se retrouvera ainsi dans la position de celui qui, à la fois, détermine souverainement les droits et devoirs qui figureront dans ladite charte, et apprécie tout aussi discrétionnairement le respect de ces prescriptions par l'étranger demandeur de la nationalité française.**

En reportant de la sorte sur les autorités administratives le soin de fixer des règles concernant les droits fondamentaux et la nationalité, le législateur n'a donc pas suffisamment prémuni les demandeurs de la nationalité française contre le risque d'appréciation arbitraire de leur situation, et encourt à ce titre votre censure.

#### **SUR L'ARTICLE 4**

L'article 4 complète le paragraphe 6 de la section 1 du chapitre III du titre I<sup>er</sup> bis du livre I<sup>er</sup> du code civil par un article 21-27-1 ainsi rédigé : *« Lors de son acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique ou par déclaration, l'intéressé indique à l'autorité compétente la ou les nationalités qu'il possède déjà, la ou les nationalités qu'il conserve en plus de la nationalité française ainsi que la ou les nationalités auxquelles il entend renoncer. »*

Ce dispositif opère ainsi une distinction entre les Français selon qu'ils ont acquis leur nationalité par naissance, ou par une autre voie. Or cela heurte manifestement le principe que votre haute juridiction a consacré, et selon lequel, *« au regard du droit de la nationalité, les personnes ayant acquis la nationalité française et celles auxquelles la nationalité française a été attribuée à leur naissance sont dans la même situation »* (96-377 DC du 16 juillet 1996, cons. 23).

**En effet aucune différence de situation en lien direct avec l'objet de la disposition en cause qui est d'apprécier l'existence d'éventuels liens avec d'autres Etats ne justifie qu'un Français qui a acquis la nationalité par naturalisation ou déclaration soit traité différemment d'un français de naissance qui possède lui même une ou plusieurs autres nationalités, et qui, par voie de conséquence, est également susceptible d'entretenir des liens spécifiques avec un ou plusieurs autres Etats.**

**En outre, en imposant, au-delà de l'indication de leurs autres nationalités, l'obligation de faire connaître les nationalités qu'elles conservent, ou celles auxquelles elles renoncent, le législateur fait peser sur les personnes concernées une contrainte sur laquelle elles n'ont pas de prise.**

En effet, selon les législations concernées, la nationalité n'est pas nécessairement disponible. Par exemple, la renonciation à la nationalité marocaine suppose l'adoption d'un décret royal. A l'inverse, jusqu'en 2002, un australien qui acquérait la nationalité d'un autre Etat perdait automatiquement sa nationalité australienne.

Aussi, en imposant à des individus une obligation qui ne dépend pas de leur volonté propre, mais de celle des Etats dont ils ont également la nationalité, le législateur a-t-il commis une erreur manifeste d'appréciation dans le choix des modalités qu'il a retenues au regard de l'objectif qu'il poursuivait (99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 10).

Pour ces motifs, la disposition en cause commande d'être censurée.

## **SUR L'ARTICLE 10**

L'article 10 insère à l'article 221-2 du CESEDA un alinéa au terme duquel : *« 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 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 ».*

Ce dispositif tend ainsi à instituer une hypothèse supplémentaire à celles déjà existantes – gare, port, aéroport, lieu de débarquement – dans laquelle il sera permis au préfet d'instaurer une zone d'attente, celle où un groupe d'étrangers serait appréhendé hors les passages frontaliers habituels.

Parce que ces zones d'attente « sac à dos » ou « mobiles » auront pour effet de transformer potentiellement l'ensemble du territoire national en zone d'attente, elles n'offrent pas de garanties suffisantes contre une application arbitraire de la loi elle-même susceptible de restreindre l'exercice effectif du droit d'asile (1), et méconnaissent manifestement le principe de l'indivisibilité de la République (2).

### **1. Quant à la légalité et au droit d'asile**

La disposition qui vous est ici déférée manque cruellement de précision quant à sa portée, au point de ne pas prémunir suffisamment contre d'éventuelles atteintes au droit d'asile.

Est-il nécessaire de le rappeler, « *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* » impose au législateur « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* », nécessaires pour « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire* » (2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 19).

**C'est pourtant le risque d'arbitraire qui fait ici office de règle.** D'abord parce que le dispositif envisagé ne fixant aucune limite spatiale à la création d'une zone

d'attente, il pourra s'appliquer sur l'ensemble du territoire national, indépendamment de la proximité d'un point de passage frontalier.

Ensuite, toujours d'un point de vue spatial, le périmètre de déclenchement de la mise en œuvre du nouveau dispositif est parfaitement imprévisible, hors les cas où les personnes sont trouvées en un même lieu. En effet, s'agissant des hypothèses dans lesquelles les personnes dont il est soupçonné qu'elles constituent un groupe sont éloignées de 10 kilomètres, alors, le périmètre susceptible d'être concerné devient parfaitement inappréciable.

**Mathématiquement, si l'on retient l'hypothèse de 10 personnes – qui impliquent chacune un rayon potentiel de 10 kilomètres – le périmètre couvert pourra être d'environ 3141 km<sup>2</sup> [ $10 \times (\pi \times 10^2)$ ]. Dans ces conditions, il est manifestement déraisonnable d'envisager que sur pareille surface 10 personnes puissent constituer un groupe.**

Enfin, le dispositif crée un facteur d'imprévisibilité temporelle. Certes le texte finalement retenu prévoit une durée maximale de 26 jours. Mais rien ne vient limiter les possibilités de reconduction d'une telle mesure. Alors que selon les promoteurs du projet elle devait revêtir un caractère exceptionnel, elle pourrait *de facto* s'avérer pérenne sur certains secteurs du territoire. Pourraient ainsi être transformés en vastes zones d'attente permanentes le Calais, le canal Saint Martin et les parcs du 10<sup>ème</sup> arrondissement de Paris, mais aussi la Seine-Saint-Denis, ou encore tous les locaux d'associations accueillant des étrangers.

**Eu égard à son ampleur, le dispositif envisagé ne permet ainsi pas d'exclure qu'une ou des personnes, bien que n'appartenant pas à un même groupe, soient toutes placées en zone d'attente, pour la seule et unique raison qu'elles se trouvent dans le périmètre concerné, aussi vaste soit-il.**

**De même, le risque est encore moins exclu que des personnes, à la seule vue de leur appartenance à un groupe, soient considérées comme « *venant d'arriver* », en l'absence de critères objectifs pour définir cette notion.**

***In fine*, rien ne s'oppose donc à ce que ce nouveau dispositif soit utilisé pour renvoyer plus vite et plus facilement des étrangers qui, étant effectivement entrés sur le territoire, auraient pourtant dû être traités selon le droit commun d'éloignement.**

**De surcroît, ce risque d'arbitraire ne sera pas sans conséquences sur le droit d'asile lui-même consacré au quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, et plus particulièrement sur le principe d'égalité entre les demandeurs d'asile qui s'impose dès lors que ces derniers se trouvent dans des situations identiques (2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 9-10).**

Vous ne pourrez en effet faire abstraction du fait que la procédure d'asile à la frontière est moins favorable au demandeur d'asile que la procédure de droit commun de

demande d'asile sur le territoire. Or cette différence de traitement n'est acceptable – et encore – que dans la mesure où l'étranger qui vient d'arriver à un point de passage frontalier se trouve effectivement dans une situation différente de celui qui est déjà rentré sur le territoire.

**Mais en l'espèce, les requérants viennent précisément de démontrer que l'imprécision de la disposition en cause emportera pour conséquences qu'un étranger qui ne vient pas d'arriver sur le territoire sera néanmoins susceptible de se retrouver soumis à la procédure d'asile à la frontière. Il s'agit dès lors bien là d'une rupture d'égalité manifeste entre des étrangers puisque, bien que se trouvant effectivement sur le territoire, ils seront traités selon une procédure d'asile distincte.**

L'absence de toute garantie effective contre un tel risque d'arbitraire dans l'application de cette disposition vous conduira donc à la censurer.

## 2. Quant à l'indivisibilité de la République

Comme l'indique à très juste titre le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat, « *en dépit de ses caractéristiques géographiques, 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* » (rapport n° 239, p. 72, en gras dans l'original).

Jusqu'à présent, et quand bien même vous ne vous êtes jamais prononcés sur le bien fondé même de la création de ces zones<sup>10</sup>, cette fiction a toujours trouvé à s'appuyer sur une réalité géographique : la proximité avec un point de passage frontalier. Aussi, l'atteinte manifeste au principe constitutionnel de l'indivisibilité de la République (76-71 DC du 30 décembre 1976, cons. 5) qu'elle comporte pouvait être justifiée par son caractère limité et précisément défini.

Par deux fois ainsi, vous avez admis qu'il était loisible au législateur d'instituer un régime particulier de contrôles d'identité sur des portions spécifiques du territoire, qui comprenaient chacune une bande de 20 kilomètres longeant les frontières terrestres métropolitaines (93-323 DC du 05 août 1993), et les frontières terrestres et le littoral de Guyane (97-389 DC du 22 avril 1997), sans pour autant méconnaître le principe d'indivisibilité de la République.

Mais dans les deux cas, vous aviez préalablement constaté que les zones concernées, qui jouxtaient effectivement des frontières géographiques, étaient « *précisément définies dans leur nature et leur étendue* », et présentaient « *des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes* » (93-323 DC, cons. 15 et 97-389 DC, cons. 72).

<sup>10</sup> Tout au plus l'idée selon laquelle ces zones bénéficieraient d'une sorte de statut d'extraterritorialité a-t-elle été battue en brèche par votre propre jurisprudence (92-307 DC du 25 février 1992) ainsi que par celle de la Cour européenne des droits de l'homme (*Amuur c. France* du 25 juin 2006, n° 17/1995/523/609).

**Or en l'espèce, et à l'inverse, le législateur a créé artificiellement<sup>11</sup>, en dehors de tout rattachement géographique frontalier, des zones dans lesquelles des étrangers se retrouveront réputés n'être pas entrés sur le territoire dont il a été démontré que ni la nature ni l'étendue n'étaient définies avec suffisamment de précisions.**

Aussi, pour cette seconde raison, et parce que le dispositif envisagé institue une exception au principe d'indivisibilité de la République dont le contour est défini avec un manque manifeste de précision, il appelle encore votre censure.

## **SUR LES ARTICLES 26, 40 et 70**

L'article 26 tend à modifier les dispositions de l'article L. 313-11-11° qui fixe les conditions d'obtention de plein droit d'un titre de séjour « vie privée et familiale » fondé sur des motifs médicaux. L'article 40 tend, lui, à tirer les conséquences de ces modifications sur les mesures d'éloignement visées à l'article L. 511-4 du CESEDA, et l'article 70 sur les mesures d'assignation à résidence visées à l'article L. 521-3-5° du même code.

En l'état du droit actuel, un titre de séjour est délivré de plein droit : *« A l'étranger résidant habituellement en France dont l'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, sans que la condition prévue à l'article L. 311-7 soit exigée. La décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative, après avis du médecin de l'agence régionale de santé de la région de résidence de l'intéressé, désigné par le directeur général de l'agence, ou, à Paris, du médecin, chef du service médical de la préfecture de police. Le médecin de l'agence régionale de santé ou, à Paris, le chef du service médical de la préfecture de police peut convoquer le demandeur pour une consultation médicale devant une commission médicale régionale dont la composition est fixée par décret en Conseil d'Etat ».*

Les trois dispositions en cause visent à revenir sur l'interprétation du membre de phrase « *sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire* » retenue par le Conseil d'Etat, et selon lequel sont visées les hypothèses dans lesquelles de « *telles possibilités existent mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit*

---

<sup>11</sup> Artificiellement puisque comme le relevait Bruno GENEVOIS : « *L'idée d'extraterritorialité ne résiste pas à l'analyse. Même si un étranger qui descend d'un avion ou débarque d'un bateau n'est pas de ce seul fait admis juridiquement à entrer et séjourner en France, il n'en demeure pas moins que dès lors qu'il se trouve sur le territoire français, il est soumis à la lex loci française* » (« L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles », *RFDA*, 1992, 8 (2), p. 194).

*de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement* » (arrêts du 7 avril 2010 n° 301640 et 316625).

Il s'agissait pour le Conseil d'Etat avec cette interprétation de donner tout son sens à la condition d'effectivité de l'accès au soin prévue par la loi. Comme l'indiquait le Rapporteur public Guyomar dans ses Conclusions, « **le législateur n'a pas seulement exigé que l'étranger malade soit susceptible de bénéficier d'un traitement dans son pays d'origine, il a clairement marqué qu'il fallait aussi qu'il soit en mesure de le suivre** ».

Dans un premier temps, à son initiative, l'Assemblée nationale avait adopté un amendement remplaçant le membre de phrase « *qu'il ne puisse effectivement bénéficier* », par « *de l'indisponibilité* » du traitement dans le pays d'origine.

Aussi contestable était cette disposition, du moins avait-elle le mérite de la clarté. Alors que la rédaction finalement retenue, à l'initiative du Sénat, est, quant à elle, d'une profonde complexité. Dorénavant ne serait plus éligible au bénéfice d'un titre de plein droit « *l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé sans que la condition prévue à l'article L. 311-7 soit exigée* ».

D'un côté donc, l'on durcit les conditions en remplaçant l'indisponibilité du traitement par son absence, de l'autre, on l'assouplit en recourant à une formule de compromis particulièrement alambiquée et équivoque, manifestement contraire à « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* », qui ne prémunira pas les étrangers contre un « *risque d'arbitraire* » dans l'application de la loi (2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 19), ni contre une atteinte à la vie privée des personnes concernées via le risque de violation du secret médical (2004-504 DC du 12 août 2004, cons. 5).

Quant à la notion de « *circonstance humanitaire exceptionnelle* » d'abord. **Vous avez déjà eu l'occasion de juger que la notion d'association à « vocation humanitaire » était une notion « dont la définition n'a été précisée par aucune loi »**, et qu'elle comportait ainsi un risque d'arbitraire dans son application (98-399 DC du 05 mai 1998, cons. 7). Ceci est à ce point vrai que lorsque le législateur a introduit dans la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 une procédure d'admission exceptionnelle au séjour fondée notamment sur des « *considérations humanitaires* » ou des « *motifs exceptionnels* », il a confié à une Commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour le soin de préciser ces notions en formulant des avis, précisément « **afin de réduire l'imprécision des critères ainsi édictés** » (rapport n° 239, p. 109).



**Il est évident qu'en l'absence de critères objectifs, les étrangers feront l'objet d'un traitement distinct fondé moins sur des considérations humanitaires que selon le ressort des préfectures dont ils dépendent.**

**Quant à la procédure retenue ensuite. L'appréciation desdites circonstances humanitaires exceptionnelles sera le fait du préfet, après avis du directeur général de l'agence régionale de santé. C'est-à-dire de deux autorités administratives non médicales.** Comment donc ces autorités administratives pourraient elles apprécier ces circonstances, alors même que, comme le rappelait le Rapporteur Guyomar dans ses conclusions précitées, « *le secret médical interdit au médecin de révéler des informations sur la pathologie de l'intéressé et la nature de ses traitements médicaux, fût-ce en portant une appréciation sur l'état du système de soins dans le pays d'origine* », **sauf précisément à porter atteinte audit secret médical ?**

Or il ressort de votre jurisprudence que le droit au respect de la vie privée « *requiert que soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale* » (2004-504 DC du 12 août 2004, cons. 5). En l'espèce pourtant, cette particulière vigilance est méconnue dès lors que les dispositions en cause ne sont pas assorties des garanties et précisions suffisantes pour assurer la certitude d'une stricte confidentialité des informations à caractère médical.

En effet, en prévoyant dans les dispositions d'un même article, d'une part, une procédure pour raison médicale, impliquant l'intervention du médecin de l'agence régionale, et, d'autre part, une procédure d'appréciation par le préfet après avis du directeur général de l'agence régionale de santé d'une éventuelle « *circonstance humanitaire exceptionnelle* », le législateur n'a pas prévu les garanties suffisantes pour s'assurer que, à l'occasion de ces procédures mixtes, la transmission des informations médicales à caractère personnel ne devait se faire que vers les seules autorités médicales et dans le strict respect du secret médical.

Ainsi, s'il était loisible au législateur de modifier l'ancien dispositif, il ne pouvait le faire en privant de garanties légales les exigences constitutionnelles d'intelligibilité de la loi et de protection de la vie privée, sauf à encourir votre censure (2010-622 DC, du 28 décembre 2010, cons. 33).

### **SUR L'ARTICLE 33**

En l'état actuel du droit, l'article L. 623-1 du CESEDA prévoit que : « *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* ».

L'article 33 qui vous est ici soumis tend à compléter cette disposition par la phrase : « *Ces peines sont également encourues lorsque l'étranger qui a contracté mariage a dissimulé ses intentions à son conjoint* ».

**En d'autres termes, il s'agit de viser 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.**

En effet, il n'existe ici pas de différence de situation entre les nationaux et les étrangers qui justifierait que « *le législateur règle de façon différente des situations différentes* » (2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 8).

Certes, lorsque le législateur adopte des dispositions relatives au séjour des étrangers, et dès lors qu'il n'existe pas de « *droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* », les étrangers se trouvent placés, dans ce cadre juridique précis, « *dans une situation différente de celle des nationaux* » (93-325 DC du 13 août 1993, cons. 2).

Ainsi est-il loisible au législateur d'imposer aux étrangers « *la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France* » (*ibid.* cons. 14-15).

**Mais, s'il ressort de votre jurisprudence que la rupture d'égalité entre nationaux et étrangers ne peut pas être invoquée contre des dispositions qui sont commandées par le fait même qu'une personne est étrangère, à l'inverse, le principe d'égalité s'impose lorsqu'un comportement peut être appréhendé indépendamment de la nationalité de son auteur.**

Dans la même décision, vous aviez ainsi jugé que le législateur ne pouvait pas instaurer de régime de contrôles d'identité spécifique à l'égard des étrangers (cons. 16), et rappelé que « *les droits de la défense constitu[aient] pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel* » (cons. 84).

En adoptant le premier alinéa de l'article L. 623-1 du CESEDA, le législateur avait ainsi tiré pleinement les conséquences de ce principe. Le délit pouvait être commis par l'étranger qui cherchait seul à « *obtenir* » des papiers, ou par le français qui cherchait seul à « *faire obtenir* » des papiers.

**Au contraire ici, le législateur ne vise plus que l'étranger qui a cherché à obtenir sa régularisation en France, et plus la personne française qui a cherché à lui faire obtenir sa régularisation. Or les deux délits pouvant être commis indépendamment de la nationalité de leurs auteurs, il n'y avait pas lieu de les traiter différemment selon leur nationalité.**

En l'absence donc de différence de situation entre les étrangers et les nationaux qui commanderait que les uns soient punis et pas les autres, il vous appartiendra de censurer ce dispositif.

## **SUR L'ARTICLE 37**

Les requérants font ici porter leurs griefs sur les II (1) et III (2) de l'article L. 511-1 du CESEDA dans sa rédaction issue de l'article 37 de la loi qui vous est déférée.

### **1. Quant à l'article L. 511-1-II**

L'article L. 511-1-II établit la liste des hypothèses dans lesquelles peut être prononcée une obligation de quitter le territoire français (OQTF) non assortie d'un délai de départ volontaire.

La directive « retour » en son article 7 prévoit un nombre de cas déterminés dans lesquels les Etats peuvent procéder à une mesure d'éloignement sans délai. Conformément à son paragraphe 4, c'est le cas : *« 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 »*.

Or comme l'a indiqué le Conseil d'Etat dans son avis du 21 mars 2011, les dispositions de l'article 7 sont *« inconditionnelles et suffisamment précises »* (n° 345978 et 346612). En d'autres termes, hors les hypothèses qui y figurent, aucune autre ne saurait justifier que soit adoptée une OQTF sans délai de départ volontaire.

Les points 1 et 2 de l'article L. 511-1. – II du CESEDA reprennent les termes de la directive, en prévoyant l'absence de délai en cas de *« menace pour l'ordre public »*, et en cas de demande *« manifestement infondée ou frauduleuse »*.

Le point 3 quant à lui tend à transposer la notion de *« risque de fuite »*. Ce risque serait ainsi établi :

*« a) Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;*

*« b) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;*

« c) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;

« d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;

« e) Si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;

« f) Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 »

Or les requérants considèrent, comme le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat d'ailleurs que ces critères relèvent « sans doute d'une interprétation assez large de la notion de 'risque de fuite' évoquée par la directive 'retour' » (rapport n° 239, p. 131), et qu'ils méconnaissent par conséquent l'« exigence constitutionnelle » de transposition en droit interne des directives communautaires qui résulte de l'article 88-1 de la Constitution (2004-497 DC du 01 juillet 2004, cons. 18).

**C'est notamment le cas pour les points a), b), et c)** qui reprennent les points 1°, 2° et 4° du II de l'actuel article L. 511-1 du CESEDA, et à propos desquels le Conseil d'Etat, dans son avis précité, a considéré qu'ils ne méconnaissent pas la directive « retour », **à condition que la mesure soit « assortie d'un délai de retour approprié à la situation de l'intéressé et supérieur à sept jours »**. En d'autres termes, cela signifie que les points a), b) et c) de la disposition ici en cause ne présentent pas de lien avec la notion de « *risque de fuite* », et ne sauraient donc justifier l'adoption d'une OQTF sans délai de départ.

**Les requérants considèrent que c'est également le cas pour le point f)** qui est nouveau par rapport à l'ancienne rédaction de l'article L. 551-1, et qui n'est pas non plus directement lié à la notion de « *risque de fuite* ».

**Dès lors, il vous appartiendra de déclarer les points a), b), c) et f) non conformes à l'article 88-1 de la Constitution, au motif qu'ils sont « manifestement incompatibles avec la directive qu'[ils ont] pour objet de transposer »** (2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 20 et 2006-543 DC du 30 novembre 2006, cons. 9).

## 2. Quant à l'article L. 511-1-III

L'article L. 511-1-III prévoit la possibilité d'assortir les OQTF d'une interdiction de retour valable pour l'ensemble de l'espace Schengen (a), ainsi que les règles relatives à l'abrogation de cette interdiction (b). Ce sont ces deux aspects que les auteurs de la saisine mettent ici en cause.

A titre liminaire, les requérants rappellent que les dispositions ici en cause ne sauraient être regardées comme se bornant « à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » de l'article 11 de la directive « retour » (2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 9), et donc que votre examen n'est pas limité au respect « d'une règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 19), dès lors qu'elles ne constituent pas la « conséquence exacte et nécessaire de la transposition » (commentaires aux Cahiers de la décision n° 2004-496 DC), le législateur ayant en effet utilisé la marge de manœuvre que lui offrait le point 3 de l'article 11.

#### a) L'interdiction de retour

L'article L. 511-1-III prévoit la possibilité pour l'administration de prononcer une interdiction de retour pour une durée maximale de 2 ans « lorsque l'étranger ne faisant pas l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire » ou « lorsqu'un délai de départ volontaire a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français », et de 3 ans « lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français ».

Les requérants n'ignorent pas que vous aviez validé la possibilité pour l'autorité administrative de recourir à de pareilles mesures de police sans recours au juge judiciaire, à condition toutefois de ne pas « porter atteinte aux garanties juridictionnelles applicables » (93-325 DC du 13 août 1993, cons. 45).

En revanche, et toujours dans la même décision, vous aviez rappelé qu'il résultait des dispositions de l'article 8 de la Déclaration de 1789, « 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 », et que ce exigences ne concernaient « 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 » (cons. 47-48).

C'est ainsi que vous aviez censuré l'instauration d'une interdiction du territoire d'un an attachée à tout arrêté de reconduite à la frontière, au regard de son caractère automatique, de sa durée, d'absence d'« égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté », et de l'impossibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée (cons. 49).

**En l'espèce, le législateur s'est finalement gardé de prévoir l'automatisme de l'interdiction de retour, et a bien prévu la possibilité de la moduler. En revanche, il n'a pas jugé bon d'établir de lien entre la gravité du comportement de l'étranger, et la durée de l'interdiction de retour.** Tout au plus a-t-il précisé que : « L'interdiction de retour et sa durée sont décidées par l'autorité administrative en tenant compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la

*nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou non d'une mesure d'éloignement et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français ».*

Si la prise en compte de ces éléments ne manque pas d'intérêt, elle ne saurait néanmoins être assimilée à la prise en compte de la gravité du comportement qui a conduit à l'adoption d'une OQTF à l'égard des étrangers. Or la disproportion entre la gravité des comportements et l'interdiction de retour est manifeste.

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer notamment au point f) de l'article L. 511-1-II qui autorise l'adoption d'une OQTF sans délai départ volontaire<sup>12</sup> et par voie de conséquence une interdiction de retour de 3 ans. En effet, c'est en vain que vous cherchez en quoi le fait de ne pas présenter de garanties de représentation suffisantes constitue un comportement d'une gravité telle qu'elle appellerait une sanction si lourde. Ce raisonnement est d'ailleurs en tout point transposable aux interdictions de retour adoptées à la suite d'une OQTF sans délai départ volontaire prononcée en vertu des points a), b) et c).

La disproportion est d'autant plus manifeste pour l'interdiction de retour attachée à une OQTF sans délai de départ que, contrairement à l'OQTF avec délai, elle ne peut faire l'objet de l'abrogation automatique prévue au dernier alinéa de l'article L. 511-1-III.

En donc, en ce que cette disposition rend possible l'adoption d'une interdiction de retour de 3 ans indépendamment de la gravité des comportements qui ont motivé l'adoption de l'OQTF, elle encourt votre censure.

**Mais par surcroît, et en ce que, de manière générale, elle ne prévoit ni l'audition des étrangers, ni aucune procédure contradictoire pour le prononcé d'une telle mesure punitive par une autorité administrative, elle méconnaît manifestement les droits de la défense des étrangers concernés et le principe du contradictoire (2011-126 QPC du 13 mai 2011, cons. 7) qui « implique le droit de toute personne de présenter des observations et défendre ses droits au cours d'une procédure qui la concerne directement » (commentaire aux Cahiers de la décision 2011-126 QPC). Et c'est donc l'ensemble du point III de l'article L. 511-1 que vous serez amenés à censurer.**

#### **b) L'abrogation de l'interdiction**

L'article L. 511-1-III prévoit en outre que : « *L'autorité administrative peut à tout moment abroger l'interdiction de retour. Lorsque l'étranger sollicite l'abrogation de l'interdiction de retour, sa demande n'est recevable que s'il justifie résider hors de France. Cette condition ne s'applique pas :*

*« 1° Pendant le temps où l'étranger purge en France une peine d'emprisonnement ferme ;*

<sup>12</sup> Dont il a par ailleurs été démontré qu'il était contraire à la Constitution *supra* a).

« 2° Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2. »

**Cette condition de non résidence en France s'applique ainsi à tous les autres cas dans lesquels un étranger entendrait solliciter l'abrogation de l'interdiction de retour, y compris lorsque, persécuté, il souhaiterait déposer une demande d'asile.**

Une telle disposition méconnaît ainsi par elle-même le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dont le quatrième alinéa dispose que : « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ».

De cette disposition vous avez déduit que « *si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle* », et que, « *s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* » (93-325 DC du 13 août 1993, cons. 81).

De même aviez vous considéré que « *le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande* » (cons. 84).

**Or en l'espèce, ce n'est pas le droit de demeurer sur le territoire qui est mis en cause, mais l'accès au territoire lui-même ! Cela est particulièrement vrai pour les personnes qui n'auront pas bénéficié d'un délai de départ volontaire et qui ne peuvent donc prétendre à l'abrogation automatique de l'interdiction de retour prévue au dernier alinéa de l'article L. 511-1-III. Difficile de concevoir une contrariété plus flagrante avec l'exercice effectif du droit d'asile. Dans son rapport sur *L'immigration clandestine* du 6 avril 2006, la Commission d'enquête du Sénat ne rappelait-elle d'ailleurs pas que la « *Convention de Genève prévoit expressément le droit des réfugiés d'entrer sans autorisation sur le territoire des pays d'accueil* » ? (n° 300 (2005-2006, p. 150).**

Par ailleurs, cette disposition est également manifestement incompatible avec le cinquième paragraphe de l'article 11 de la directive « retour » qu'elle a pour objet de transposer qui, lui, **prévoit expressément que les mesures d'interdiction de retour « s'appliquent sans préjudice du droit à la protection internationale ».**

**Aussi, loin de rendre plus effectif le respect du droit d'asile, le législateur l'a ici, bien au contraire, privé de toute garantie légale en méconnaissance manifeste de votre jurisprudence. A ce titre encore, votre censure est encourue.**

## SUR LES ARTICLES 44 et 47

Les griefs soulevés ici portent à la fois sur les articles 44 et 47 pris ensembles (1), et sur l'article 47 pris individuellement (2).

### 1. Quant aux articles 44 et 47 pris ensembles

L'article 44 réécrit l'actuel article L. 551-1 du CESEDA en définissant les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la rétention administrative, en prévoyant notamment que : *« 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 (...) »*.

Aux termes de l'article 47, l'article L. 561-2 prévoit pour sa part que : *« 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 »*

Comme ils l'ont fait savoir dans le cours du débat, les requérants adhèrent au principe de l'assignation à résidence, plutôt qu'au recours systématique à la rétention administrative.

Néanmoins, vous ne manquerez pas de constater que, là encore, le législateur national a manifestement méconnu les exigences définies par le législateur communautaire. L'objectif poursuivi par ce dernier est en effet de faire de la rétention administrative l'option de dernier recours, après que celles moins contraignantes aient été envisagées.

**Le principe de la priorité aux mesures les moins coercitives** résulte ainsi de l'article 15.1 de la directive « retour » selon lequel : *« 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... »*, ainsi que de son considérant 16 aux termes duquel la *« rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas »*.

C'est précisément ce que vient de décider la Cour de Justice de l'Union européenne en déclarant qu'il découlait *« du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la*



*privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention* » (Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, 28 avril 2011, C-61/11 PPU, point 39).

A l'opposé, et comme n'a pas manqué de le relever le Rapporteur de la Commission des Lois du Sénat, « *l'assignation à résidence, telle que définie par l'article L. 561-2 nouveau, constitue simplement une alternative à la rétention, que le préfet n'est en aucun cas tenu de mettre en œuvre, même si une telle mesure est suffisante pour s'assurer de la personne de l'étranger en instance de reconduction* » (rapport n° 239, p. 142).

Or dans votre décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, c'est parce que vous aviez jugé que l'imposition aux opérateurs historiques du secteur de l'énergie d'obligations tarifaires permanentes méconnaissait « *manifestement l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz naturel fixé par les directives précitées, que le titre premier de la loi déferée a pour objet de transposer* », que vous l'aviez déclaré contraire à l'article 88-1 de Constitution (cons. 9).

Il en va de même en l'espèce dans la mesure où, en offrant la possibilité à l'autorité administrative de recourir à la rétention là où l'assignation suffirait, le législateur a méconnu l'objectif poursuivi par la directive, et donc commis une « *erreur de transposition manifeste* » (cf. le commentaire aux *Cahiers* de votre décision n° 2006-543 DC) contraire à l'article 88-1 de la Constitution qui a elle seule justifie la censure de l'ensemble du nouveau dispositif.

## 2. Quant à l'article 47

Si vous ne censurez pas l'ensemble du dispositif, vous censurerez au moins la procédure retenue à L. 561-2 du CESEDA.

**En effet, si encore une fois les requérants sont favorables au recours à l'assignation à résidence plutôt qu'à la rétention, ils ne sauraient admettre qu'elle se fasse hors de tout contrôle du juge judiciaire, gardien des libertés individuelles.**

La logique de l'assignation de l'article L. 561-2 est distincte de celle de l'article L. 561-1. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une assignation administrative s'il est établi que l'étranger ne peut regagner son pays d'origine. Elle évite qu'une personne qui est dans l'impossibilité objective de quitter le territoire soit en infraction à la législation sur les étrangers. C'est donc une mesure d'admission au séjour provisoire, sans droit au travail, et pouvant être limitée géographiquement.

A l'inverse, l'assignation de l'article L. 561-2 est une mesure de contrôle, en vue de l'exécution effective de la mesure d'éloignement, qui porte directement atteinte à la liberté individuelle ou, à tout le moins, à la liberté d'aller et venir (2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13). **Or, s'il n'y a pas de recours au juge judiciaire, cela implique qu'une OQTF pourra être exécutée, quand bien même les conditions légales d'interpellation ou de garde à vue de l'étranger auront été méconnues.**

En d'autres termes, face à une arrestation dont il saura pertinemment qu'elle ne s'est pas déroulée selon les formes légales, le préfet pourra *de facto* la faire échapper à tout contrôle judiciaire en choisissant de recourir à l'assignation plutôt qu'à la rétention.

Or le législateur ne pouvait ainsi priver de garanties légales la liberté constitutionnelle d'aller et venir sans connaître votre censure.

## **SUR L'ARTICLE 56**

L'article 56 de la loi tend à allonger les délais de rétention maximaux en les portant de 22 ou 32 jours à 45 jours (1), et à instaurer un régime spécifique de rétention en matière de terrorisme (2).

### **1. Quant au délai maximum de 45 jours**

En l'état actuel du droit, il existe deux délais maximaux :

- **22 jours** lorsque, « *malgré les diligences de l'administration, la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport, et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente, que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai. Il peut également être saisi aux mêmes fins lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour pouvoir procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement dans le délai prescrit* » (art. L. 552-8).
- **32 jours** « *en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou 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* » (art. L. 552-7).

Le nouveau dispositif aboutira quant à lui à unifier ces deux délais jusqu'à un maximum de 45 jours, qui correspond à la première période de rétention de 5 jours (au lieu de 2), à laquelle s'ajoute la première prolongation de 20 jours (au lieu de 15), puis la seconde de 20 jours encore (au lieu de 5 ou 15).

**Les requérants considèrent que ce nouveau délai est contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789<sup>13</sup> dont vous avez déduit le principe selon lequel la « *liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* » (2010-31 QPC du 22 septembre 2010, cons. 5).**

---

<sup>13</sup> « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi. ».

Ils n'ignorent pas l'évolution de votre jurisprudence sur cette question qui vous avait conduit à finalement admettre la validité d'un allongement de la durée de rétention de 12 jours maximum à 32 jours. Mais si vous l'aviez fait, c'est non sans rappeler que l'étranger ne pouvait « *être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet* », et que l'autorité judiciaire conservait « *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* » (2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 66).

Or il ressort pourtant clairement du rapport d'information de l'Assemblée nationale sur les *centres de rétention administrative et les zones d'attente* du 24 juin 2009 que l'allongement du délai de rétention dépasse le temps « *strictement nécessaire* » à l'éloignement de l'étranger. En effet, selon ses propres termes, « *la mission d'information estime que la durée maximum actuelle de 32 jours est suffisante et ne devra pas être augmentée lorsque la directive sera transposée en droit français. Certes, dans de nombreux cas, il n'est pas possible d'organiser l'éloignement au cours de cette période, notamment à cause de la difficulté à obtenir les laissez-passer consulaires, mais une augmentation de la durée de rétention ne permettrait probablement pas d'améliorer nettement le taux d'éloignement des étrangers placés en rétention* » (n° 1776, p. 26).

Selon le même rapporteur, un an après, cet allongement serait devenu nécessaire au motif que la France se trouverait isolée par rapport à ses partenaires de l'Union européenne, et que diminuerait le taux de délivrance de laissez-passer consulaires (rapport n° 2814, p. 284-285).

Sur le premier point il est exact que la France est le pays où la période maximale de rétention est la plus courte. Néanmoins, comme nous y invitait le rapport Mazeaud, il faut se garder de comparaisons hâtives, car en réalité les durées moyennes sont « *voisines de celles pratiquées par la France. En raison des obstacles partout rencontrés (difficultés de déterminer la nationalité ou d'obtenir des laissez-passer consulaires), la durée « utile », celle au-delà de laquelle l'exécution de l'éloignement est compromise, est partout dans la fourchette des 10 à 15 jours constatés par les services de police français* »<sup>14</sup>. **La France est donc très loin d'être isolée.**

Sur le second point, il ressort du dernier rapport de mars 2011 du Comité interministériel de contrôle de l'immigration que la baisse constatée du taux de délivrance de laissez-passer consulaires soit moins le fait de la trop courte durée de la période de rétention, que du manque de coopération de certains Etats<sup>15</sup>.

D'ailleurs, comme l'indique le Rapporteur de la Commission des Lois de l'Assemblée lui-même, la durée moyenne de rétention avant d'être présenté à l'embarquement s'est

<sup>14</sup> Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, juillet 2008, p. 70.

<sup>15</sup> Septième rapport *Les orientations de la politique de l'immigration et de l'intégration*, p. 79.

stabilisée autour de 10 jours depuis 2005 (rapport n° 2814, p. 284). Comme le montre la Cimade dans son rapport annuel 2009, ce sont 87 % des personnes qui sont présentées à l'embarquement dans un délai inférieur à 17 jours. Et lorsque les documents nécessaires n'ont pas été obtenus dans ce délai, il est quasiment exclu qu'ils le soient par la suite (p. 19). D'ailleurs, il ressort du rapport précité du Comité interministériel de contrôle de l'immigration qu'en 2009, seulement 3,3 % de laissez-passer ont été délivrés hors délai (p. 78).

**L'absence de nécessité d'une telle rigueur est par conséquent à ce point manifeste qu'elle justifie à elle-seule la censure de la seconde prolongation de 20 jours.**

**A tout le moins vous censurerez ce nouveau délai de seconde prolongation lorsqu'elle s'applique aux hypothèses dans lesquelles le retard pris est totalement extérieur au comportement de l'étranger. Ce sont celles visées au deuxième alinéa de l'article L. 552-7 et qui, en l'état actuel du droit, n'étaient susceptibles que d'autoriser une seconde prolongation de 5 jours.**

En effet, il ressort clairement de votre décision n° 2003-484 DC, ainsi que de son commentaire aux *Cahiers*, que le caractère « limité » de ce délai de 5 jours avait été un élément déterminant dans votre choix de valider ce dispositif.

Il ne saurait vous en conviendrez être admis, au regard du principe de la rigueur nécessaire, que l'étranger dont le comportement ne pose pas de difficultés à l'administration soit traité avec la même rigueur que celui qui présente une menace grave pour l'ordre public.

## **2. Quant à la rétention en matière de terrorisme**

L'avant dernier alinéa de l'article 56 prévoit en outre que : « *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 des libertés 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* ».

Si les requérants mesurent la difficulté à laquelle le législateur a entendu répondre ici, il ne saurait pour autant lui donner *quitus* d'un tel manquement à l'Etat de droit et au risque d'arbitraire que contient pareille disposition.

A cet égard, il est particulièrement éclairant de se référer à l'opinion émise par le *Law Lord Hoffmann* lorsque la Chambre des Lords britannique a rendu sa décision dans l'affaire *A v. Secretary of State for the Home Department* le 16 décembre 2004 (UKFL 56) concernant la loi anglaise de 2001 relative à la sécurité et à la lutte contre la criminalité et le terrorisme. Celui-ci y déclarait alors :

*« Bien sur le gouvernement a le devoir de protéger la vie et les biens de ses citoyens. Mais c'est un devoir qui lui incombe en tout temps et qu'il se doit d'accomplir sans mettre à mal nos libertés constitutionnelles. Il est peut être des nations trop fragiles ou friables pour résister à de graves violences. Mais ce n'est pas le cas du Royaume Uni (§95) (...) »*

*« Je ne sous-estime pas la capacité meurtrière et destructrice des groupes terroristes fanatiques, mais ils ne menacent pas la vie de la Nation. Il y aurait peut être un doute à ce que nous survivions à Hitler, mais il n'en fait pas à ce que nous survivrions à al qaida. La violence terroriste, aussi grave soit-elle, ne menace pas nos institutions gouvernementales ni notre existence en tant que société (§ 96) (...) »*

*« La véritable menace pour la vie de la Nation, pour un peuple qui vit en harmonie avec ses lois et ses valeurs, ne vient pas du terrorisme, mais de ce type de lois. C'est là la véritable marque de ce à quoi le terrorisme peut conduire. C'est au Parlement de décider si oui ou non il entend souscrire à une telle victoire du terrorisme » (§ 97). [traduction non officielle]*

**Or ce qui est vrai pour le Royaume de Grande Bretagne, l'est pour la République Française.**

Si la disposition ici en cause n'est certes pas aussi attentatoire aux libertés individuelles que l'était la législation anglaise de 2001 – qui prévoyait notamment la possibilité pour l'administration d'incarcérer les étrangers soupçonnés de terrorisme pour une durée indéterminée – elle ne saurait pour autant satisfaire aux exigences constitutionnelles françaises.

**D'abord, et à tout le moins, vous ne pourrez manquez de constater que la mesure est particulièrement inadaptée à l'objectif poursuivi, s'agissant des personnes condamnées pour des actes de terrorisme.** En effet, s'il est constant que votre haute juridiction *« ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement »* (2010-605 du 12 mai 2010, cons. 23), et qu'il ne vous appartient pas de *« rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies »*, c'est néanmoins à la condition que *« les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées »* (99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 10).

Or en l'espèce, s'agissant de personnes condamnées, les centres de rétention administrative qui, par définition, ne relèvent pas de l'administration pénitentiaire, ne constituent pas des locaux appropriés. Comme l'indique l'article R. 553-3 du CESEDA, ces locaux « *offrent aux étrangers retenus des équipements de type hôtelier et des prestations de restauration collective* ». Les conditions de vie y sont, tout du moins légalement, moins rigoureuses qu'en détention, permettant notamment un accès libre au téléphone, une libre circulation au sein des centres, et un contact entre les personnes retenues.

**Enfermer pendant un délai pouvant aller jusqu'à 18 mois des personnes considérées comme particulièrement dangereuses dans ce type de locaux comporterait ainsi un risque certain pour la sécurité des autres retenus, ainsi que pour les personnels de surveillance qui ne sont pas formés à cette fin.**

L'adoption d'un tel dispositif apparaît d'autant moins opportune que le législateur vient d'adopter dans la cadre de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure un article 116 modifiant l'article L. 561-3 du CESEDA prévoyant précisément la possibilité d'assignation à résidence avec surveillance électronique mobile des étrangers condamnés pour terrorisme assortie d'une peine d'un an d'emprisonnement en cas de manquement (article 117 de la même loi).

**Mais de manière plus générale, comme ils l'avaient fait dans leur saisine concernant la loi instituant la rétention de sûreté, les requérants contestent le principe même de ce type de dispositions qui visent, sinon à infliger une peine, du moins à maintenir en détention des personnes qui ont purgé leur peine, sur le seul fondement de leur dangerosité. Ils ne sauraient souscrire à ce glissement d'une justice de responsabilité vers une justice de sûreté.**

**Quant aux personnes visées « *pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées* » ensuite.** Les requérants relèvent d'abord l'absence totale de clarté qui caractérise cette notion, et qui justifierait à elle seule votre censure sur le fondement du principe de légalité. Quel critère objectif permettra en effet de caractériser l'existence d'un tel lien ?

Ils relèvent également qu'elle aura en tout cas pour conséquence de s'appliquer à des personnes qui n'ont pas été condamnées, sinon à quoi bon cet ajout, et qui ne font pas non plus l'objet de poursuites judiciaires. Or il s'agit là d'une atteinte manifeste aux principes de la liberté individuelle et de la rigueur nécessaire. **En effet, il est parfaitement inadmissible de priver de liberté une personne pendant une période pouvant courir jusqu'à 18 mois sans qu'aucune charge ne soit retenue à son endroit.**

Comme vous l'aviez en son temps jugé à propos de la « *rétention judiciaire* », et s'agissant « *d'une mesure aboutissant à priver totalement une personne de sa liberté pendant une période déterminée* » – période pourtant alors limitée à 3 mois –, elle « **ne**

*saurait être assortie de garanties moindres que celles assurées aux personnes placées en détention provisoire* » (93-325 DC du 13 août 1993, cons. 114).

S'agissant de personnes non poursuivies, elles ne sauraient donc être maintenues en rétention administrative au-delà du délai de droit commun, sauf à méconnaître les « *garanties légales de la liberté individuelle* » (*idem*).

A cet égard vous pourrez utilement vous inspirer de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme *A et autres c. Royaume-Uni* qui avait condamné la législation britannique sur le terrorisme susvisée, en tenant notamment compte du fait que le véritable objectif poursuivi par les autorités anglaises n'était pas tant l'éloignement des étrangers en cause, que le soupçon « *d'être des terroristes internationaux et [que lesdites autorités] pensaient que, en liberté sur le sol britannique, ils représentaient une menace pour la sécurité nationale* » (arrêt de la Grande Chambre du 19 février 2009, n° 3455/05, § 171). Et de rappeler à cette occasion qu'elle « *avait déjà jugé à plusieurs reprises l'internement et la détention préventive sans inculpation incompatibles avec le droit fondamental à la liberté* » (§ 172).

**Or il est en espèce patent que c'est moins l'objectif d'éloignement qui est recherché, que la prévention du risque terroriste.**

Pour ces motifs, l'extension de la durée de la rétention administrative jusqu'à 18 mois commande également votre censure.

## **SUR L'ARTICLE 94**

Conformément à l'article 94, le premier alinéa de l'article L. 624-1 du CESEDA est rédigé en ces termes : « *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.* »

**Les requérants considèrent, à tout le moins s'agissant de la première phrase de cette disposition qui pénalise le fait de se maintenir sur le territoire malgré un ordre contraire, qu'il s'agit d'une erreur manifeste de transposition des articles 15 et 16 de la directive « retour ».**

En effet, la Cour de Justice de l'Union européenne vient de répondre à une question préjudicielle formulée en ces termes : « *Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié* » (arrêt du 28 avril 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11 PPU, point 29).

Or à cette question la Cour a répondu oui. Ainsi, après avoir constaté que le déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspondait « *à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes* » (point 41), et rappelé que les « *États 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* » (point 55), elle a conclu que la directive devait être interprétée en ce sens « *qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié* » (point 62).

Or l'article 94 de la loi ici disputée a précisément pour objet de pénaliser le séjour irrégulier sur le seul fondement du maintien sur le territoire d'un étranger qui a fait l'objet d'une décision l'enjoignant de le quitter, y compris lorsqu'il a bénéficié d'un délai de départ volontaire.

**Aussi, dès lors que la question qui vous est soumise est parfaitement identique à celle tranchée par la Cour de Luxembourg, c'est bien le caractère manifeste de l'erreur de transposition qui est révélée par l'interprétation qu'elle vient de donner des articles 15 et 16 de la directive « retour ».**

En conséquence, c'est sur le fondement de la méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution que votre censure est ici requise.

## **SUR L'ARTICLE 95**

L'actuel article L. 731-2 du CESEDA prévoit que devant la Commission nationale du droit d'asile, le « *bénéfice de l'aide juridictionnelle peut être demandé au plus tard*



*dans le délai d'un mois à compter de la réception par le requérant de l'avis de réception de son recours, lequel l'informe des modalités de cette demande ».*

Auparavant, l'article 3 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique limitait le bénéfice de cette aide financière aux seuls étrangers qui résidaient habituellement et étaient entrés régulièrement en France, ou qui détenaient un titre de séjour d'une durée de validité au moins égale à un an.

L'article 93 de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 avait supprimé ces exigences d'entrée régulière et de séjour régulier. Cette suppression avait deux fondements énoncés dans le rapport de la Commission des Lois du Sénat : « **assurer un droit effectif au recours des demandeurs d'asile devant la Commission des recours des réfugiés** », d'une part, et **transposer dans le droit interne « l'obligation juridique » inscrite à l'article 15 de 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, d'autre part** (n° 371 (2005-2006), p. 219). Article 15 qui prévoit en effet que : « *En cas de décision négative de l'autorité responsable de la détermination, les États membres veillent à ce que l'assistance judiciaire et/ou la représentation gratuites soient accordées sur demande* »

Or l'article 95 ici disputé tend pour sa part à supprimer le bénéfice de l'aide juridictionnelle « *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* ».

**Dès lors, et quand bien même cette rédaction finalement retenue est moins radicale que celle proposée initialement par l'Assemblée nationale, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit bien là d'un recul du droit à un recours effectif qui justifierait à lui seul votre censure.**

**En outre, et dans la mesure où cela affecte le régime d'une loi antérieure qui venait transposer la directive 2005, les requérants considèrent qu'il vous appartient d'apprécier l'incompatibilité manifeste de cette nouvelle disposition avec ladite directive. Soit au titre de la modification de l'ancien régime – puisque, c'est la conséquence nécessaire de votre décision n° 2006-540 DC, le législateur ne saurait modifier une loi de transposition compatible avec une directive par une nouvelle loi qui, elle, lui serait manifestement incompatible, au seul motif qu'elle ne la transpose pas directement – soit parce qu'elle constitue en soi une transposition de la directive de 2005, dès lors que le législateur l'a expressément visée en adoptant l'article 74 bis<sup>16</sup>.**

<sup>16</sup> La Professeure Anne LEVADE a mis en évidence à cet égard les incertitudes de votre jurisprudence qui mériteraient grandement d'être levées dans le cas d'espèce (« Le Palais Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, 2007, n° 3, pp. 564-577).

Les tenants du nouveau dispositif invoquent une exception au droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle inscrite à l'article 15.3 a) de la directive de 2005 selon lequel : « *Les États membres peuvent prévoir dans leur droit national que l'assistance judiciaire et/ou la représentation gratuites sont accordées uniquement (...) dans le cadre des procédures devant une cour ou un tribunal prévues au chapitre V et à l'exclusion de tout autre recours juridictionnel ou administratif prévu dans le droit national, y compris le réexamen d'un recours faisant suite à un recours juridictionnel ou administratif* ».

**Il s'agit là aux yeux des requérants d'une erreur de droit manifeste. En effet, le législateur a confondu le « réexamen d'un recours » tel qu'il figure à l'article 15.3 a) de la directive, et la procédure de réexamen française, alors que cette dernière correspond en réalité à ce que la directive intitule en son article 32 une « demande ultérieure ».** Une telle demande selon l'article 32.3 n'est effet recevable que si « *de nouveaux éléments ou de nouvelles données se rapportant à l'examen visant à déterminer si le demandeur d'asile remplit les conditions requises pour prétendre au statut de réfugié en vertu de la directive 2004/83/CE sont apparus ou ont été présentés par le demandeur* ». Or cette exigence de présenter des éléments nouveau est identique à celle fixée par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui conditionne le réexamen d'un refus de l'OFPRA ou de la CNDA à l'existence de faits nouveaux. Ainsi un réexamen « *ne peut être examiné au fond (...) que si l'intéressé invoque des faits intervenus postérieurement à la première décision juridictionnelle ou dont il est établi qu'il n'a pu en avoir connaissance que postérieurement à cette décision, et susceptibles, s'ils sont établis, de justifier les craintes de persécutions qu'il déclare éprouver* » (arrêt du 28 avril 2000, n° 192701).

Or conformément à l'article 39.1 c) de la directive de 2005, qui figure dans son Chapitre V, auquel renvoie précisément l'article 15.3 a) précité, le droit à un recours effectif s'applique à « *une décision de ne pas poursuivre l'examen de la demande ultérieure en vertu des articles 32 et 34* ». **En d'autres termes, le bénéfice de l'aide juridictionnelle doit être accordé dans le cadre des demandes ultérieures au sens du droit communautaire, qui correspondent aux demandes de réexamen du droit d'asile français.**

Parce que l'article 95 méconnaît ainsi manifestement, à la fois le droit à un recours effectif, et la directive de 2005, il appelle votre censure.

## **SUR L'ARTICLE 98**

Cet article permet le recours à la visioconférence pour les audiences devant la Cour Nationale du droit d'asile. C'est la première fois qu'est introduit le recours à la visioconférence en matière d'asile. Niant la spécificité de ces audiences et du droit d'asile plus globalement - protégé par les conventions internationales et ne devant en

rien être lié à la gestion des flux migratoires - cet article a pour objectif une « meilleure gestion » et une « réduction de stocks de dossier ».

**Cette disposition a pour résultat une violation manifeste du principe d'égalité devant la loi.** En effet, l'exigence du consentement de l'intéressé pour le recours à la visioconférence devant la CNDA a été limitée aux seuls étrangers se trouvant en France métropolitaine. De ce fait, les demandeurs d'asile présents en Outre-Mer ne bénéficieront pas des mêmes droits que les demandeurs en France métropolitaine dans la mesure où ils ne pourront pas refuser le recours à la visioconférence pour leur audience devant la CNDA.

Les arguments selon lequel le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général ne peut être ici évoqué. En effet, il est indispensable, dans ces deux cas, que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (2010-617 DC du 09 novembre 2010, cons. 13), **fait non établi en l'espèce, l'objet de la loi étant de permettre le recours à la visioconférence en matière d'asile, et non de contraindre à ce recours.**

En outre, bien que vous ayez jugé constitutionnel le recours à des moyens de télécommunication audiovisuelle en matière de droits des étrangers, c'était après avoir précisé que le « *déroulement de [ces] audiences est subordonné au consentement de l'étranger* » (2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 82). L'article 98 prévoit expressément, quant à lui, que le recours à la visioconférence pourra se faire sans le consentement de l'étranger présent en France non métropolitaine. De plus, rien ne précise que l'étranger est dûment informé dans une langue qu'il comprend. **Les garanties d'un procès juste et équitable, protégé par l'article 16 de la Déclaration de 1789, ne semblent donc pas réunies.** Le Gouvernement devrait partager ce point de vue puisque le Garde des Sceaux, dans une réponse du 22 juin 2010 à une question parlementaire (n°70778), affirmait « *qu'en l'état des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (article L. 552-12) et d'une décision du Conseil constitutionnel en date du 20 novembre 2003, la décision du juge, prise sur une proposition de l'autorité administrative, de tenir l'audience en visioconférence n'est possible qu'à la seule condition que l'étranger dûment informé dans une langue qu'il comprend ne soit pas opposé à cette mesure. La réflexion sur le développement de l'utilisation de la visioconférence dans ce domaine doit s'inscrire au regard des principes que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler et des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rappelées par la Cour européenne par une décision en date du 5 octobre 2006* ».

Cette rupture d'égalité et ce manquement au droit à un procès équitable appellent encore votre censure.

\* \*

Pour tous ces motifs, les requérants vous invitent à prononcer la censure de l'ensemble de ces dispositions, ainsi que de toutes celles que vous relèveriez d'office.