

Anne SEVAUX et Paul MATHONNET
Société Civile Professionnelle
AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT
ET A LA COUR DE CASSATION
12, rue de Bourgogne, 75007 PARIS
tél : 01.43.17.39.00
fax : 01.43.17.39.09
cabinet@as-pm.fr

21797.02

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

MÉMOIRE AU SOUTIEN D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

POUR :

1) L'association Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s (ci-après « GISTI »), ayant son siège 3 villa Marcès, 75011 Paris, prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège ;

2) Le Syndicat des avocats de France (ci-après « SAF »), ayant son siège 34 rue Saint-Lazare, 75009 Paris, pris en la personne de sa représentante légale domiciliée en cette qualité audit siège ;

3) L'Association pour le droit des étrangers (ci-après « ADDE »), ayant son siège 2 rue de Harlay, 75001 Paris, prise en la personne de sa représentante légale domiciliée en cette qualité audit siège ;

4) La Fédération des Associations de Solidarité avec Tou·te·s les Immigré·e·s (ci-après « FASTI »), ayant son siège social 58 rue des Amandiers, 75020 Paris, prise en la personne de sa représentante légale domiciliée en cette qualité audit siège ;

5) L'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les personnes Étrangères (ci-après « Anafé »), ayant son siège social 21 ter rue Voltaire, 75011 Paris, prise en la personne de son représentant légal domicilié audit siège ;

6) La Ligue des droits de l'Homme (ci-après « LDH »), ayant son siège social 138 rue Marcadet, 75018 Paris, prise en la personne de sa représentante légale domiciliée audit siège ;

7) L'Association Droits Ici Et Là-bas (ci-après « DIEL »), ayant son siège social Maison des associations du 11ème, 8 rue

du Général Renault, case 158, 75011 Paris, prise en la personne de son représentant légal domicilié audit siège ;

8) La Coalition Internationale des Sans Papiers et Migrants (ci-après « CISPМ »), ayant son siège social chez monsieur Moussa DRAME, 19 rue de l'Ourcq – Hall 3, 75019 PARIS, prise en la personne de son représentant légal domicilié audit siège ;

9) La Cimade, ayant son siège social 91 rue Oberkampf, 75011 Paris, prise en la personne de son représentant légal domicilié audit siège.

demandeurs,
S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET,

QPC n°2025-1140

Visant l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

FAITS ET PROCEDURE

1. A partir des années soixante-dix, et en dehors de tout cadre légal, l'administration a commencé à retenir des étrangers en instance d'expulsion dans des locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire.

Ce n'est qu'avec la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France dite « loi Questiaux », modifiant l'ordonnance du 2 novembre 1945 en y insérant l'article 35 bis, que le législateur est venu encadrer les conditions dans lesquelles un ressortissant étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement peut faire l'objet d'une mesure de rétention administrative ou d'assignation à résidence.

Depuis 1981 et les 32 réformes intervenues en matière d'immigration, la durée et les modalités de ces mesures restrictives de liberté n'ont eu de cesse d'être modifiées. Cette inflation législative a connu un dernier épisode au début de l'année 2024 avec la promulgation le 26 janvier de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration dite « loi Immigration ».

En partie censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 janvier 2024 (n°2023-863 DC), la « loi Immigration » apporte d'importantes modifications au code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) s'agissant des dispositions régissant le travail des ressortissants étrangers, l'octroi des titres de séjour, l'éloignement, les demandes d'asile ou encore la procédure contentieuse spécifique en la matière.

La loi « Immigration » prévoit ainsi à son article 41 la création de nouvelles dispositions relatives aux cas d'assignation à résidence ou de placement en rétention du demandeur d'asile insérées aux articles L.523-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) qui prévoient notamment à l'article L.523-1 que :

« L'autorité administrative peut assigner à résidence ou, si cette mesure est insuffisante et sur la base d'une appréciation au cas par cas, placer en rétention le demandeur d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public.

L'étranger en situation irrégulière qui présente une demande d'asile à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L. 521-1 peut faire l'objet des mesures prévues au premier alinéa du présent article afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile. Son placement en rétention ne peut être justifié que lorsqu'il présente un risque de fuite. »

Cette disposition a été introduite par le Sénat en première lecture sur proposition du gouvernement (amendement n° 592 rect) à l'article 12 bis A, rejeté par l'Assemblée nationale puis réintroduit en commission mixte paritaire pour figurer à l'article 41 du texte final.

A la lecture de la présentation de l'amendement à l'origine de ces dispositions, il apparaît que son objectif initial visait à pallier l'impossibilité d'adopter une mesure restrictive de liberté à l'égard des ressortissants étrangers en dehors de toute mesure d'éloignement et éviter ainsi que certains d'entre eux ne sollicitent l'asile une fois interpellés pour empêcher leur expulsion :

« Le présent amendement a pour objet de compléter la transposition de la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale dit « Accueil », pour permettre l'assignation à résidence ou le placement en rétention du demandeur d'asile qui présente un risque de fuite ou une menace à l'ordre public.

Aujourd'hui, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit qu'un étranger faisant l'objet

d'une mesure d'éloignement et qui est placé en rétention peut demander l'asile en rétention. Il doit introduire sa demande dans les conditions prévues aux articles L. 754-1 et suivants du CESEDA, dans un délai de 5 jours à compter de la notification de ses droits dans le centre de rétention administrative. L'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) se prononce en 96 heures.

Ce cadre juridique n'est applicable qu'à l'étranger qui fait déjà l'objet d'une mesure d'éloignement et d'un placement en rétention au moment où il formule sa demande d'asile.

Par ailleurs, hors demande d'asile en rétention, il n'est possible d'assigner à résidence ou de placer en rétention un demandeur d'asile qui bénéficie du droit au maintien sur le territoire que s'il fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire français (art. L. 753-1 à L. 753-12 du CESEDA).

Le cadre juridique exposé ne s'applique donc pas à l'étranger en situation irrégulière qui manifeste sa volonté de demander l'asile à l'occasion d'une interpellation. Il ne s'applique pas non plus à l'étranger en situation irrégulière dont la demande d'asile est présentée à une autre autorité administrative que celle normalement prévue (les GUDA) et qui présente un risque de fuite, notamment lorsqu'il aurait dû présenter sa demande d'asile dans le pays de première entrée dans l'Union Européenne, tel que cela est prévu par le règlement Dublin.

Le droit de l'Union européenne autorise cependant un Etat membre, dans des cas limitativement énumérés et sous réserve qu'aucune mesure moins coercitive ne puisse être efficacement appliquée, à prévoir le placement en rétention d'un demandeur d'asile pour le temps nécessaire à l'examen de sa demande. En ce sens, le paragraphe 3 de l'article 8 de la directive « Accueil » prévoit qu'« un demandeur ne peut être placé en rétention que : a) pour établir ou vérifier son identité ; b) pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a un risque de fuite du demandeur ; (...) e) lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige ; (...) ».

Ces dispositions n'ont jusqu'à présent pas été transposées en droit interne.

Leur transposition est néanmoins justifiée par la circonstance que certains étrangers en situation irrégulière utilisent la demande d'asile, lors de leur interpellation ou à l'approche de leur levée d'écrou, pour faire obstacle à l'édition d'une OQTF ou à son

exécution. Ces situations se rencontrent généralement pour des profils évocateurs de risques de troubles à l'ordre public (sortants de prison, interpellés...).

En outre, cette transposition plus complète permettra que pour les personnes dont les circonstances de leur arrivée dans l'Union européenne ont permis qu'elles introduisent une demande d'asile ou de titre de séjour dans le pas de première entrée et qui ne l'ont pas fait, l'effectuant à une autorité autre que celle normalement compétente, dans le cadre, par exemple d'une interpellation, fassent l'objet d'un examen accéléré de leur demande d'asile. Leur situation caractérise généralement un risque de fuite, en particulier lorsque de telles demandes sont réitérées.

Aussi, dans le respect du droit de tout étranger de demander l'asile, mais pour éviter le détournement de la procédure de demande d'asile par des étrangers en situation irrégulière, il est proposé de permettre l'assignation à résidence ou le placement en rétention de ces étrangers, lorsque les conditions prévues par la directive sont satisfaites.

La demande d'asile sera examinée dans un délai de 96 heures par l'OFPRA, comme les demandes d'asile présentées en rétention. Le droit au maintien du demandeur sur le territoire français prendra fin dès la décision de rejet rendue par l'Office. L'autorité préfectorale pourra ainsi mettre en œuvre l'éloignement dès cette date. La mesure concilie ainsi le droit constitutionnel de demander l'asile et l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre l'immigration irrégulière (CC, 26/07/2019, 2019-797DC).

Dans le cas des personnes adressant leur demande d'asile à une autorité autre que celle compétente et qui présentent un risque de fuite sans pour autant manifester un comportement révélant une menace à l'ordre public, ce dispositif fera l'objet de directives pour sa mise en œuvre, qui compléteront celles déjà arrêtées pour ce qui concerne le recours aux instruments de rétention. » (Présentation de l'amendement n° 592 rect., 7 novembre 2023, en ligne)

Pareille interprétation a par la suite été confirmée par le ministre de l'Intérieur en poste à l'époque lors des débats parlementaires au Sénat :

« M. Gérald Darmanin, ministre.

Cet amendement vise à répondre à une problématique assez simple.

Actuellement, une personne en rétention peut demander l'asile. En revanche, si une personne interpellée sur la voie publique, par exemple un étranger en situation irrégulière qui aurait commis un

délit, demande l'asile, elle ne peut pas être placée en rétention, et l'on doit lui laisser demander l'asile.

Il y a donc un détournement du droit de l'asile. En effet, une personne qui viendrait dans notre pays pour demander l'asile le ferait spontanément ; elle n'attendrait pas des mois ou des années sur le territoire national, en situation d'irrégularité, pour finalement demander l'asile une fois interpellée par la police. Un tel procédé ne sert évidemment qu'à gagner du temps.

L'idée est que chacun puisse demander l'asile, puisque c'est un droit constitutionnel, mais que cette demande puisse être faite en rétention. Dans ce cas-là, la demande d'asile ne fait pas obstacle à l'interpellation des services de police. Elle peut être étudiée en urgence, comme c'est le cas pour les personnes qui demandent l'asile en rétention. Rapidement, une réponse favorable ou défavorable est apportée, et des mesures d'éloignement sont exécutées dans le cas où la demande est refusée.

Une telle mesure est tout à fait conforme à notre droit constitutionnel et à la directive retour. Elle entrave l'une des manières de contourner l'exécution des OQTF. » (Compte-rendu des débats devant le Sénat, Séance du 9 novembre 2023, en ligne)

Malgré cet objectif initialement circonscrit à des situations très précises tenant à l'interpellation de l'intéressé ou la proximité de sa levée d'écrou, le texte adopté à l'article L.523-1 du CESEDA est beaucoup plus permissif dès lors qu'il permet l'assignation à résidence ou le placement en rétention administrative de tout étranger en situation irrégulière sollicitant l'asile dès lors que son « *comportement constitue une menace à l'ordre public* » ou « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile* ».

Par ces dispositions, le législateur a considérablement étendu les possibilités d'assignation à résidence ou de rétention administrative des demandeurs d'asile.

2. En effet, jusqu'à présent, les mesures restrictives de liberté d'un ressortissant étranger – rétention administrative et assignation à résidence – étaient uniquement justifiées par l'objectif d'exécution des décisions d'éloignement et nécessitaient pour pouvoir être appliquées que l'intéressé soit visé par une décision d'éloignement.

2.1 Le CESEDA prévoit à son livre VII relatif à l'« *exécution des décisions d'éloignement* » les cas d'assignation à résidence des ressortissants

étrangers « *aux fins d'exécution de la décision d'éloignement* » (Articles L731-1 à L731-2) ou « *en cas de report de l'éloignement* » (Articles L731-3 à L731-5).

Dans chacune de ces hypothèses, l'étranger doit être visé par une mesure d'éloignement à savoir une obligation de quitter le territoire français, une interdiction de retour sur le territoire français, une décision prise par un autre État, sa remise aux autorités d'un autre Etat, une interdiction de circulation sur le territoire français, une décision d'expulsion, une peine d'interdiction judiciaire du territoire, une interdiction administrative du territoire français.

Selon la situation de l'intéressé et la mesure d'éloignement dont il fait l'objet, l'autorité administrative peut l'assigner à résidence pendant une durée maximale de 90 jours – 135 jours depuis l'entrée en vigueur de loi « Immigration » - (CESEDA, art. L.732-3), un an – trois depuis – (CESEDA, art. L.732-4) ou pour une durée illimitée (CESEDA, art. L.732-5).

2.2 De manière similaire, l'autorité administrative peut dans des hypothèses similaires placer en rétention un étranger pour l'exécution de la décision d'éloignement dont il fait l'objet « *lorsqu'il ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement et qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision* » (art. L.740-1 et L.741-1).

Le maintien en rétention administrative peut ensuite être prolongé pour différents motifs pris, notamment, de l'urgence absolue, d'une menace pour l'ordre public, de l'impossibilité d'exécuter la décision d'éloignement du fait de l'obstruction de l'intéressé ou de l'absence de documents de voyage ou de moyens de transport (CESEDA, L. 742-4), de demandes d'asile dilatoires - c'est-à-dire présentées uniquement en vue de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour - (CESEDA, L. 742-5, al.4), voire d'activités à caractère terroriste pénalement constatées (CESEDA, L. 742-6).

En tout état de cause, le maintien d'un ressortissant étranger en rétention administrative ne pouvait excéder 90 jours, voire 210 jours en cas d'activités à caractère terroriste pénalement constatées.

2.3 S'agissant spécifiquement des demandeurs d'asile, le CESEDA prévoit que c'est bien « *lorsque le droit au maintien de l'étranger a pris fin en application des b ou d du 1° de l'article L. 542-2 et qu'une obligation de quitter le territoire français a été prise à son encontre* » que « *l'autorité administrative*

peut l'assigner à résidence ou le placer en rétention dans les conditions prévues aux articles L. 752-1 à L. 752-4 » (v. art. L.542-5).

Ainsi, l'autorité administrative peut assigner à résidence un ressortissant étranger faisant l'objet d'une telle mesure d'éloignement « *aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande d'asile* » (CESEDA, L.752-1)

En outre, l'autorité administrative peut également placer en rétention le ressortissant étranger faisant l'objet d'une telle mesure d'éloignement « *à condition que le placement soit nécessaire pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile, notamment pour prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L.612-3 ou lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige* » (CESEDA, L.752-2).

Par ailleurs, lorsque l'étranger demandeur d'asile fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire, l'autorité administrative peut l'assigner à résidence (CESEDA, L.753-1) ou le placer en rétention administrative uniquement « *pour des raisons impérieuses de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale établies à partir d'une évaluation individuelle du demandeur, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées* » (CESEDA, L.753-2).

En définitive, avant l'entrée en vigueur de la loi « Immigration », l'autorité administrative ne pouvait assigner à résidence ou placer en rétention administrative un ressortissant étranger – de surcroît demandeur d'asile - que si ce dernier faisait l'objet d'une mesure d'éloignement, et ce, dans la perspective d'en faciliter l'exécution.

3. Or, l'article 41 de la loi « Immigration » a considérablement étendu le champ d'application de ces mesures restrictives de liberté à l'égard des ressortissants étrangers en y permettant le recours indépendamment d'une procédure d'éloignement de la personne concernée.

En atteste le fait que le nouveau dispositif ne s'insère plus dans le livre VII du CESEDA (« *exécution des mesures d'éloignement* ») mais dans

le livre V relatif au droit d'asile et plus particulièrement dans le titre II (« accès à la procédure d'asile »).

Par le décret n° 2024-813 du 8 juillet 2024, le gouvernement a précisé les modalités d'application de l'article 41 de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration en reprenant les termes utilisés par le législateur.

Ainsi, concrètement, en l'état actuel de la législation et de ce décret, un demandeur d'asile en situation irrégulière peut :

- être assigné à résidence « *sur la base d'une évaluation individuelle* », soit « *au regard de la menace à l'ordre public qu'il représente* » (CESEDA, R. 523-2, al. 1), soit « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* » (CESEDA, R. 523-2, al. 2) ;
- voire être placé en rétention administrative « *sur la base d'une évaluation individuelle* », soit « *au regard de la menace à l'ordre public qu'il représente et sous réserve qu'une mesure d'assignation à résidence ne suffise pas à faire face à une telle menace* » (CESEDA, R. 523-9, al. 1), soit « *lorsqu'il y a un risque de fuite du demandeur* » et « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* » (CESEDA, R. 523-2, al. 2).

Par un recours pour excès de pouvoir enregistré sous le n°497929, l'association Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s (ci-après « GISTI »), le Syndicat des avocats de France (ci-après « SAF »), l'Association pour le droit des étrangers (ci-après « ADDE »), la Fédération des Associations de Solidarité avec Tou·te·s les Immigré·e·s (ci-après « FASTI »), l'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les personnes Étrangères (ci-après « Anafé »), la Ligue des droits de l'Homme (ci-après « LDH »), l'Association Droits Ici Et Là-bas (ci-après « DIEL ») et la Coalition Internationale des Sans Papiers et Migrants (ci-après « CISPM »), associations exposantes, ont déféré le décret du 8 juillet 2024 à la censure du Conseil d'Etat.

Au soutien de leur recours, les associations exposantes ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité à la Constitution, plus précisément à la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution, à l'exigence constitutionnelle que constitue le droit d'asile découlant de l'alinéa 4 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et au principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des dispositions de l'article L. 523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Par une décision rendue le 6 mars 2025, le Conseil d'Etat a décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CE, 2ème/7ème, 6 mars 2025, n°497929).

C'est au soutien cette question prioritaire de constitutionnalité que sont présentées les observations suivantes par les associations exposantes.

DISCUSSION

I. Sur l'identification des dispositions législatives contestées, la compétence du Conseil constitutionnel pour connaître de leur constitutionnalité et l'absence de déclaration de conformité antérieure

A. Les dispositions contestées sont celles qui concernent le placement en rétention administrative

1. La présente question tend à faire constater la non-conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis des dispositions de l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en tant qu'elles prévoient deux nouveaux cas de rétention administrative des demandeurs d'asile.

A ce titre, les organisations exposantes entendent souligner que la présente question prioritaire de constitutionnalité se limitent aux seules dispositions de l'article L.523-1 du CESEDA relative au placement en rétention administrative des demandeurs d'asile et non à leur assignation à résidence de sorte qu'elle ne porte que sur :

-le second membre du premier alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA : *« l'autorité administrative peut [...] ou, si cette mesure est insuffisante et sur la base d'une appréciation au cas par cas, placer en rétention le demandeur d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public » ;*

-le second membre du second alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA : *« [...] Son placement en rétention ne peut être justifié que lorsqu'il présente un risque de fuite.».*

B. Les dispositions contestées sont de nature législative et le Conseil constitutionnel est compétent pour en connaître

1. L'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA ») se situe dans la partie législative du CESEDA, au sein du chapitre III du titre II du Livre V dudit code, relatif au droit d'asile et autres protections internationales et est issu de l'article 41 de loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration dite « loi Immigration », en vigueur depuis le 28 janvier 2024.

Les dispositions contestées sont bien de nature législative.

2. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel est compétent pour connaître de la constitutionnalité des dispositions législatives contestées et ceci peu important que ces dernières relèvent du champ d'application de la directive « Accueil » n°2013/33/UE, plus précisément du paragraphe 3 de son article 8

Ce n'est en effet que si trois conditions sont réunies que le Conseil constitutionnel estime n'y avoir pas lieu à statuer en présence d'une disposition législative prise pour la transposition du droit de l'Union : si la disposition législative se borne à transposer les dispositions d'une directive ; si ces dernières sont précises et inconditionnelles ; si les droits et libertés constitutionnels invoqués ne sont pas des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France (Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010 *M. Kamel Daoudi*, §4 ; CE, 6^{ème}/1^{ère} SSR, 8 juillet 2015, n° 390154, aux T. ; CE, 14 septembre 2015, *Société Notrefamille.com*, n° 389806, aux T. ; CE, 21 février 2018, ONF, n°410678, B).

(i) S'agissant du caractère précis et inconditionnel de la directive, le Conseil d'Etat en retient une conception souple : « *ce n'est pas l'effet direct des dispositions qui compte pour l'application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais le caractère contraignant ou non des dispositions de la directive qui font l'objet d'une transposition* » si bien que « *la question pertinente pour le contrôle de constitutionnalité est de savoir si l'Etat est lié sur le résultat à atteindre* » (conclusions de Suzanne von Coester lues sous CE, 6^{ème}/1^{ère} SSR, 8 juillet 2015, n° 390154).

Au cas d'espèce, les dispositions du paragraphe 3 de l'article 8 de la directive « Accueil » que l'article L.523-1 du CESEDA aurait pour objet de transposer ne peuvent être regardées comme précises et inconditionnelles puisqu'elles laissent une entière liberté aux Etats membres d'adopter ou non une

législation prévoyant que les demandeurs d'asile puissent être placés en rétention lorsqu'ils présentent une menace pour l'ordre public ou un risque de fuite.

Tout au plus l'article 8 de la directive autorise les Etats membres à prévoir des cas de rétention, et limite ces cas à ceux qu'il énumère. En aucun cas cette disposition contraint les Etats membres à adopter des mesures de rétention pour chacun des cas qu'il mentionne. Pour le dire autrement, et comme l'a souligné à ce titre monsieur Clément Malverti dans ses conclusions sous l'arrêt du 6 mars dernier ayant procédé à la transmission au Conseil constitutionnel de la présente question prioritaire de constitutionnalité, « *les dispositions en cause de la directive 'accueil', si elles énumèrent de manière limitative les motifs pour lesquels les Etats membres peuvent placer en rétention un demandeur d'asile, ne leur imposent pas pour autant de le faire. Le deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 8 précise en ce sens que "les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national", laissant ainsi les Etats membres libres de choisir, parmi les cas énumérés par la directive, ceux applicables dans leur droit interne* » (conclusions de Clément Malverti lues sous CE, 2ème/7ème CHR, 6 mars 2025, *GISTI et a.*, n°497929 (QPC)).

(ii) En tout état de cause, s'agissant de la condition tenant à ce que la disposition législative se borne à transposer les dispositions d'une directive, le contrôle de constitutionnalité demeure possible si la loi ne se borne pas à en tirer les conséquences nécessaires (conclusions de Suzanne von Coester lues sous CE, 6ème/1ère SSR, 8 juillet 2015, n° 390154), c'est-à-dire si elle ajoute ou retranche à ses dispositions (conclusions de Charles Touboul lues sous CE, 1ère/4ème CHR, 18 juillet 2018, *Association des pharmaciens -dispensateurs et distributeurs de gaz médicinal*, n°408805).

Pour déterminer dans le cas présent quelles seraient les conséquences nécessaires de la directive, il convient de fixer la portée du paragraphe 3 de l'article 8 tel qu'il doit être interprété en conformité avec les articles 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Explications relatives à la charte des droits fondamentaux, 14 décembre 2017, 2007/C 303/02, p.3). Or, il résulte de cette interprétation conforme que c'est seulement en tant qu'elles peuvent relever de l'une des exceptions au droit à la liberté et à la sûreté admises par le paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que les dispositions de l'article 8 de la directive « Accueil » doivent être interprétées (v. prise de position de l'avocate générale Eleanor Sharpston dans l'affaire CJUE, 26 janvier 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15, §58). Parmi la liste exhaustive de ces motifs (CEDH, Cour (Grande Chambre), 1er juin 2021, *Denis et Irvine c. Belgique* n° 62819/17;63921/17, §124) figurent la détention d'une personne condamnée (a), ne s'étant pas conformée à une décision rendue, conformément à la loi, par un tribunal (b), dans le cadre d'une procédure pénale diligentée pour des faits précis préalablement à l'intervention de l'autorité

judiciaire (c), d'un mineur afin de surveiller son éducation ou avant de le traduire devant une juridiction compétente (d), pour des raisons de salubrité et sécurité publiques afin d'éviter la circulation d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond (e) et, enfin, pour empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours (f) . Aucun de ces cas ne correspond à la législation contestée puisque cette dernière permet le placement en rétention d'un demandeur d'asile sans qu'une décision d'éloignement n'ait été prise et donc sans qu'une procédure d'éloignement soit en cours.

En d'autres termes, en permettant le placement d'un demandeur d'asile indépendamment de toute procédure d'éloignement en cours, la loi ajoute à la directive telle que cette dernière doit être interprétée conformément au regard des articles 6 de la Charte et 5 de la Convention, et va au-delà de ce que cette dernière permettrait – ou, à supposer que cela soit établi, commanderait.

Partant, pour chacun de ces raisons, aucun obstacle pris de ce que les dispositions législatives en cause relèvent du champ d'application du droit de l'Union ne peut s'opposer à l'examen de la question par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel est bien compétent pour apprécier la constitutionnalité des dispositions contestées.

C. Les dispositions en cause n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel

1. S'agissant de la condition tenant à l'absence de déclaration de conformité antérieure, l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'a pas été à ce jour déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

Le recueil des dispositions déclarées conformes à la Constitution, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel, en atteste, puisqu'aucune de ses décisions ne porte à ce jour, dans leurs motifs et leur dispositif, sur la conformité à la Constitution de la disposition législative litigieuse.

Par ailleurs, si la loi « Immigration » a été déférée à la censure du Conseil constitutionnel, la saisine *a priori* de ce dernier ne portait aucunement

sur la conformité à la Constitution de l'article 41 de cette loi créant l'article L.523-1 du CESEDA ici contesté (v. Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*).

La deuxième condition posée par l'article 23-2 de l'ordonnance est n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel est satisfaite.

II. Sur la contrariété des dispositions législatives contestées aux droits et libertés garantis par la Constitution

1. En ce qu'il autorise le placement en rétention administrative d'un demandeur d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public (al. 1) ou lorsque ce dernier a présenté sa demande à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L. 521-1, afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile lorsqu'il présente un risque de fuite (al. 2), l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est contraire à liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution [A], au droit constitutionnel d'asile [B] et au principe constitutionnel d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen [C].

A. Les dispositions contestées de l'article L.523-1 du CESEDA sont contraires à l'article 66 de la Constitution en ce qu'elles permettent une privation de liberté qui n'est justifiée par aucune exigence constitutionnelle ou objectif à valeur constitutionnelle et qui, en tout état de cause, n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif à valeur constitutionnelle que serait la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire la sauvegarde des droit et libertés

1] Les dispositions contestées de l'article L.523-1 du CESEDA sont contraires à l'article 66 de la Constitution en ce qu'elles permettent une privation de liberté qui n'est justifiée par aucune exigence constitutionnelle ou objectif à valeur constitutionnelle

1. Garantie par l'article 66 de la Constitution qui dispose que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* » et que « *l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions*

prévues par la loi », la liberté individuelle représente une garantie contre les mesures privatives de liberté arbitraires comme injustifiées.

A ce titre, les dispositions législatives qui prévoient des mesures privatives de liberté doivent être justifiées par une exigence constitutionnelle ou un objectif de valeur constitutionnelle, au regard desquels le Conseil constitutionnel réalisera son contrôle sur le caractère nécessaire, adapté et proportionné des mesures en question (Décision n° 2023-1056 QPC du 7 juillet 2023, *M. Abdelhalim R.*, §8 ; Décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021, *M. Ion Andronie R. et autre*, §4).

Commentant la décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, dans laquelle le Conseil constitutionnel constatait que les dispositions législatives *autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* étaient contraires à l'article 66 de la Constitution compte tenu notamment du « *caractère très général des cas* » dans lesquels les pouvoirs des officiers de police judiciaire pouvaient être exercés, la doctrine indiquait « *que toute atteinte portée à cette liberté soit justifiée par un objectif de valeur constitutionnelle et 'limitée à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de cet objectif'* » (Gervier P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de Mélin-Soucramanien F., Université Montesquieu - Bordeaux IV, Ecole doctorale de droit (E.D.41), 2013, § 779, p. 307).

C'est sinon au regard d'une exigence constitutionnelle ou d'un objectif à valeur constitutionnelle que le Conseil constitutionnel apprécie si le législateur a procédé à une conciliation entre ces dernières et « *l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [dont] la liberté individuelle dont l'article 66* » (Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, §16).

2. S'agissant des motifs susceptibles de justifier une atteinte à la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre cette garantie et d'autres exigences constitutionnelles telles que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle, la protection de la santé des personnes, la recherche des auteurs d'infractions, la lutte contre l'immigration irrégulière ou encore la prévention de la récidive.

Force est de constater que le Conseil constitutionnel n'a jamais été amené à juger qu'une telle atteinte puisse être justifiée par des considérations tenant à la seule prévention des menaces à l'ordre public que peut constituer le comportement de certaines personnes. Même à l'égard des dispositions législatives permettant le placement en chambre de sûreté d'une personne trouvée en état d'ivresse dans un lieu public, et ainsi une privation de liberté

d'une très brève durée, il a été souligné que leur l'objet était « *de prévenir les atteintes à l'ordre public et de protéger la personne dont il s'agit* » (Décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012, *Mickaël D.*, § 5).

Ainsi, lorsqu'il a reconnu la conformité à la Constitution de certaines mesures privatives de liberté prévues en matière judiciaire ou médicale c'est en tenant compte des exigences liées, certes à la prévention des atteintes à l'ordre public, mais également à la recherche des auteurs d'infractions (Cons. const., 30 juillet 2010, *Daniel Walbuger et a.*, n° 2010-14/22 QPC, § 24 ; Cons. const., 24 juin 2011, *Kiril Z.*, n° 2011-133 QPC, § 13 ; Cons. const., 17 décembre 2010, *Michel F.*, n° 2010-80 QPC, § 4. ; Cons. const. 29 août 2002, n°2002-461 DC, § 28), à la protection de la santé (Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, § 17 ; Cons. const., 8 juin 2012, *Mickaël D.*, n° 2012-253 QPC, § 4 ; Cons. const., 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, n° 2010-71 QPC, § 16) ou encore à la prévention de la récidive (Cons. Const., Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, §22).

Dit autrement, il n'a jamais été admis que le législateur puisse autoriser l'administration à priver une personne de sa liberté avec pour seule justification une menace à l'ordre public lié à la seule personne concernée.

3. A ce titre, c'est uniquement en ce que les mesures de privation de liberté s'inscrivaient dans le cadre d'une procédure d'éloignement pour lesquelles elles étaient nécessaires que le Conseil constitutionnel a pu juger que l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière, qui participe de la sauvegarde de l'ordre public, pouvait constituer une justification aux dispositions législatives concernées (Décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, consid. 64).

Comme le souligne le commentaire de la décision rendue le 20 novembre 2003 par le Conseil constitutionnel, si la rétention administrative des ressortissants étrangers peut être considérée comme conforme aux exigences constitutionnelles, c'est en ce qu' « *il s'agit ici non de punir l'intéressé, mais d'aboutir à son éloignement* » (Commentaire de la décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16).

Ainsi, la rétention administrative des ressortissants étrangers n'est, jusqu'à présent, admise qu'au regard de l'objectif d'assurer l'exécution des mesures d'éloignement pour lesquels il existe une perspective raisonnable d'éloignement et ceci pour la durée strictement nécessaire à la mise en œuvre de la mesure d'éloignement (Cons. Const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC ;

Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*).

C'est uniquement dans ce cadre que le Conseil constitutionnel a admis - après s'y être initialement opposé (Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, §22 ; Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, §100) - les allongements successifs de la durée de rétention administrative d'abord à trente-deux jours (Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, §64), puis à quarante-cinq jours (Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, §75) et, enfin, à quatre-vingt-dix jours (Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, §76).

A ce jour, le Conseil constitutionnel n'a encore jamais retenu la conformité à la Constitution de mesures privatives de liberté à l'égard de personnes étrangères mises en œuvre indépendamment de toute procédure d'éloignement et qui poursuivraient pour seul objectif, non pas de prévenir des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde des droits et libertés auquel participe la lutte contre l'immigration irrégulière, mais uniquement la prévention des atteintes et menaces à l'ordre public.

En définitive, compte tenu de sa gravité, une mesure privative de liberté ne peut être justifiée que par des motifs issus d'exigences constitutionnelles précises qui ne sauraient se satisfaire - en l'absence d'une procédure pénale en cours, de motifs sanitaires, de la prévention de la récidive ou des exigences découlant de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière qui imposent l'éloignement des ressortissants étrangers en situation irrégulière sur le territoire - d'une simple menace à l'ordre public.

4. Il ne saurait être retenu que des motifs pris de la seule prévention d'une menace à l'ordre public puissent justifier une mesure de rétention administrative à l'égard d'une personne étrangère et particulièrement d'un demandeur d'asile, et ce, à plusieurs titres.

(i) Il convient de préciser, en premier lieu, qu'on ne saurait assimiler le maintien de l'ordre public et son corollaire la prévention des troubles ou menaces à l'ordre public, d'une part, à l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public, d'autre part.

On sait que l'ordre public s'entend de « *l'ensemble des exigences nécessaires pour permettre la vie en commun et l'exercice des libertés en société [...] constitu[ant] un objectif de valeur constitutionnelle et se compos[ant] de cinq éléments dont la police administrative doit avoir pour but d'assurer le respect : la sécurité publique, la salubrité publique, la tranquillité publique, la moralité publique et la dignité de la personne humaine* » (Waline J., Eckert G., Muller E., *Droit administratif*, DALLOZ, Précis, 9ème éd., sept. 2023, §131, p.154).

La notion d'ordre public est une notion fonctionnelle nécessaire au droit ordinaire. Comme souligné par Pauline Gervier, « *il s'agit d'assurer la sauvegarde des droits et libertés de l'individu 'lorsqu'ils ne disposent pas, par eux-mêmes, des moyens de s'auto-protéger ou de se réaliser'* » si bien qu' « *en cela, l'ordre public comprend 'un ensemble d'effets juridiques, nécessaires à l'accomplissement de sa fonction d'instrument de structuration et de cohésion sociales'* » Il s'agit ainsi d'un « ordre finalisé » qui « *implique de limiter leur exercice uniquement dans la mesure où cela est nécessaire à la protection même de l'ordre public qui garantit ces droits* » (Gervier P., op. cit., § 25, p. 23).

Le maintien de l'ordre public et la prévention des troubles ou des menaces à l'ordre public renvoient ainsi en matière de police administrative à toute situation susceptible de perturber la tranquillité publique, la sécurité des personnes et des biens, ou la salubrité publique.

Il ne peut se confondre avec l'objectif de sauvegarde de l'ordre public qui, lui, a trait aux situations dans lesquelles les droits et libertés, et non l'ordre public en lui-même, seraient menacées si les pouvoirs publics ne disposaient pas des instruments adoptés par le législateur.

A ce titre, si le Conseil constitutionnel a pu intégrer dans cette balance la prévention des atteintes à l'ordre public, il ne s'est jamais référé à l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public mais à la « *prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle* » (Cons. const., Décision 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* ; Cons. const., 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, n° 2010-71 QPC ; Cons. const., Décision 2011-631 DC du 09 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* ; Cons. const., Décision 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre* ; Cons. const., Décision 2011-174 QPC du 6 octobre 2011, *Mme Oriette P.* ; Cons. const. Décision 2011-202 QPC du 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q.* ; Cons. const., Décision 2012-235 QPC du 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* ; Cons. const., 8 juin 2012, *Mickaël D.*, n° 2012-253 QPC ; Cons. const., Décision n° 2013-367 QPC du 14 février 2014, *Consorts L.* ; Cons. const., Décision 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration*

maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie ; v. également Cons. const., Décision 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016, *M. Mukhtar A.* et Cons. const., Décision 2016-602 QPC du 9 décembre 2016, *M. Patrick H.*

C'est ainsi en tant qu'elle est nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle ou, dit autrement, parce qu'elle constitue le « *'bouclier' de certaines des plus fondamentales de nos libertés* » (Mazeaud P., « Libertés et ordre public », Conseil Constitutionnel, 2003) que la prévention des atteintes à l'ordre public, doit être conciliée avec la liberté individuelle.

Partant, si des considérations générales d'ordre public peuvent justifier une mesure privative de liberté, c'est en tant qu'à défaut l'exercice d'autres libertés serait remise en cause, ce qui ne saurait résulter du seul intérêt à prévenir des menaces indéterminées à l'ordre public ordinaire que représenteraient des personnes en particulier.

C'est sans doute pour cette raison que le Conseil constitutionnel n'a jamais retenu la conformité d'une mesure privative de liberté à la seule existence d'une menace à l'ordre public mais a toujours fait appel à des exigences constitutionnelles existantes, voire a reconnu, non pas de nouveaux objectifs à valeur constitutionnelle, mais d'autres impératifs participant de la sauvegarde de l'ordre public telles que l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière ou l'objectif de prévention de la récidive.

(ii) Tout autre solution reviendrait à tolérer que des mesures relevant du pouvoir de police administrative ordinaire puissent porter atteinte à l'une des exigences constitutionnelles les plus protégées.

En effet, comme rappelé *supra*, la prévention des atteintes à l'ordre public constitue l'objet des mesures de police administrative et se décline dans cinq éléments dont elle a pour but d'assurer le respect : la sécurité publique, la salubrité publique, la tranquillité publique, la moralité publique et la dignité de la personne humaine. La police administrative figure ainsi parmi les missions classiques de l'autorité administrative pour l'exercice de laquelle cette dernière prévoit diverses mesures qui, si elles peuvent restreindre l'exercice de certaines libertés, notamment celle d'aller et venir, n'ont jamais pour objet de priver totalement une personne de sa liberté individuelle.

A l'inverse, la liberté individuelle occupe une place particulière dans la Constitution de la Vème République et fait partie des rares libertés à figurer directement dans le corps de la Constitution. Comme souligné par le doyen Rivero, cette liberté constitue « *beaucoup plus qu'une liberté parmi d'autres* » mais serait « *le bouclier de toutes les autres libertés* » (cité dans Gervier P., op. cit., § 774, p. 305).

Ceci explique que, dès les premières décisions du Conseil constitutionnel, les dispositions législatives affectant l'exercice de la liberté individuelle ont été soumises à des contraintes spécifiques qui ne sont pas propres à la Constitution du 4 octobre 1958. Ainsi, « *dans la pensée juridique et l'histoire constitutionnelle françaises, il a toujours été considéré que la sauvegarde de la liberté individuelle supposait le respect de conditions particulières* » (ibid., § 773, p. 304).

Le Conseil constitutionnel en a d'ailleurs consacré la valeur fondamentale en la restreignant à la liberté de ne pas être détenu, incarcéré ou maintenu dans un lien déterminé arbitrairement.

En découle par ailleurs la reconnaissance de « *limites aux limites* » (idem) spécifiques à la mise en cause de la liberté individuelle qui justifient l'émergence d'un triple contrôle de proportionnalité et d'une exigence de rigueur nécessaire sur les mesures affectant la liberté individuelle, tel qu'exposé *supra*.

Partant, il serait pour le moins incohérent d'admettre que des atteintes portées à une garantie constitutionnelle considérée comme le bouclier de toutes les autres et strictement contrôlée à ce titre par le Conseil constitutionnel puissent être justifiées par des motifs aussi communs et, au surplus, malléables, compte tenu du pouvoir d'appréciation dont jouit à ce titre l'administration, qu'une menace à l'ordre public.

Et ceci est d'autant plus dangereux que l'ordre public est une notion évolutive, « *destiné[e] à discipliner les pratiques sociales* » : « *c'est à un moment donné, dans une société donnée, que tel intérêt ou telle valeur est considéré comme suffisamment important pour justifier une restriction des droits et des libertés* » (Petit J., « Nouveaux enjeux de l'ordre public et pouvoirs de police », *L'ordre public : Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Colloque du 24 février 2017, p.37).

En d'autres termes, accepter aujourd'hui une telle justification à la rétention administrative des demandeurs d'asile reviendrait à permettre demain de priver de liberté ceux que le gouvernement considère déjà comme des « *profils évocateurs de risques de troubles à l'ordre public* » à savoir les personnes sortant de détention, ou ayant simplement été interpellées (Présentation de l'amendement n° 592 rect., 7 novembre 2023, [en ligne¹](https://www.senat.fr/amendements/2022-2023/434/Amdt_592.html)), et, plus largement, n'importe quel individu au motif que son comportement constituerait une menace à l'ordre public.

¹ https://www.senat.fr/amendements/2022-2023/434/Amdt_592.html

En somme, cela reviendrait à intégrer l'exceptionnel dans l'ordinaire en faisant de la privation de liberté une mesure de police administrative parmi les autres.

(iii) Au surplus, toute autre solution conduirait à un « décrochage » du droit constitutionnel au droit européen et particulièrement à la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 5 §1 limite les cas de privation de liberté, de manière exhaustive (CEDH, Cour (Grande Chambre), 1er juin 2021, *Denis et Irvine c. Belgique* n° 62819/17;63921/17, §124), au regard de motifs particuliers dont aucun n'autorise la privation de liberté pour un simple motif tenant à ce que la personne concernée présenterait une menace pour l'ordre public.

5. Pour toutes les raisons qui précèdent, il ne peut être considéré qu'une mesure privative de liberté, telle que la rétention administrative des demandeurs d'asile, fondée exclusivement sur l'existence d'une menace à l'ordre public caractérisée par le comportement de ces derniers puisse être regardée comme conforme à la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution.

Or, tel est le cas dans la situation présente puisque la personne de nationalité étrangère susceptible d'être placée en rétention administrative ne fait l'objet d'aucune procédure d'éloignement pour l'exécution de laquelle cette privation de liberté serait nécessaire.

La mesure de privation de liberté prévue au premier alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA ne repose sur aucune justification tirée d'une exigence constitutionnelle ou d'un objectif à valeur constitutionnelle.

6. Il est de même du second alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA en ce qu'il permet le placement en rétention administrative d'un demandeur d'asile dans l'hypothèse où ce dernier, outre d'avoir présenté sa demande à une autorité administrative autre que celle compétente pour procéder à son enregistrement, présenterait un risque de fuite.

Outre ce qu'il vient d'être exposé, il convient de rappeler que, s'agissant des mesures privatives de liberté, le Conseil constitutionnel vérifie qu'une telle mesure est justifiée par une exigence de valeur constitutionnelle telle que la recherche des auteurs d'infractions, la protection de la santé, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière ou encore la prévention de la récidive.

A ce titre, sans doute le risque de fuite d'un ressortissant étranger peut se rattacher à l'exigence de lutte contre l'immigration irrégulière lorsque l'intéressé fait l'objet d'une procédure d'éloignement de sorte que sa fuite effective empêcherait l'exécution de cette mesure.

Ainsi, pour que la rétention administrative d'un ressortissant étranger puisse être regardée comme conforme à la Constitution en pareille hypothèse il faudrait que soient caractérisés, non seulement un risque de fuite de l'intéressé, mais également des éléments suffisamment circonstanciés permettant de considérer que ce dernier n'aura pas le droit de se maintenir sur le territoire, parce qu'il ne pourra bénéficier ni de la protection internationale ni du droit au séjour à un autre titre, et, par la même, pourra faire l'objet d'une mesure d'éloignement effective.

En l'absence de tels éléments traduisant l'existence d'une perspective raisonnable de refus de droit au séjour et d'éloignement, la circonstance qu'un ressortissant étranger puisse présenter un risque de fuite ne peut être regardée comme susceptible de porter atteinte à l'exigence de lutte contre l'immigration irrégulière.

En l'espèce, le risque de fuite d'un demandeur d'asile, tel qu'envisagé par le second alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA ne se rattache à aucune exigence constitutionnelle, notamment à l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière dès lors qu'il s'inscrit en dehors de toute perspective raisonnable d'éloignement faute de prévoir que le placement en rétention administrative des demandeurs d'asile concernés intervienne à un stade de la procédure où l'autorité administrative dispose d'indices sérieux que l'examen de la demande d'asile conduira à son rejet, mais pour reposer uniquement sur une présomption de mauvaise foi des demandeurs d'asile et, par la même, sur le postulat que leur demande serait rejetée, alors même que de tels préjugés sont manifestement erronés dès lors que la circonstance que ces derniers présenteraient un risque de fuite ne saurait préjuger de leur droit à bénéficier d'une protection internationale ou à séjourner sur le territoire à un autre titre (conclusions de Clément Malverti, *op. cit.*).

Pour toutes les raisons explicités *supra* tenant, notamment, à la protection particulière que la Constitution garantit à la liberté individuelle et faute, au surplus, de pouvoir rattacher l'existence d'un risque de fuite d'un demandeur d'asile en l'absence de toute perspective raisonnable d'éloignement à une exigence constitutionnelle, il ne peut être considéré que l'hypothèse de rétention administrative des demandeurs d'asile prévue au second alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA, fondée exclusivement sur l'existence d'un risque de fuite de ces derniers, puisse être regardée comme conforme à la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution.

Chacun des deux alinéas de l'article L. 523-1 du CESEDA est donc contraire à l'article 66 de la Constitution en tant qu'il autorise l'administration à priver de sa liberté une personne sans que cette mesure ne soit fondée sur une exigence constitutionnelle ou poursuive un objectif de valeur constitutionnelle.

2] En tout état de cause, les dispositions contestées de l'article L.523-1 du CESEDA sont contraires à l'article 66 de la Constitution en ce que les mesures de privation de liberté dont elles autorisent la mise en œuvre ne sont ni nécessaire, ni adaptée ni proportionnée à l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public

A supposer même qu'il puisse être considéré que les deux nouveaux cas de placement en rétention administrative prévus par l'article L.523-1 du CESEDA rendus possibles sur le seul constat de l'existence d'une menace à l'ordre public ou d'un risque de fuite alors qu'aucune procédure d'éloignement n'est engagée, peuvent être regardés comme étant, en principe, de nature à justifier une mesure privative de liberté, les mesures ainsi prévues ne satisfont toutefois pas au triple test de proportionnalité prévu par le Conseil constitutionnel de sorte qu'elles apparaissent, en tout état de cause, contraires à la Constitution.

1. Premièrement, le placement en rétention administrative pour les cas prévus à l'article L.523-1 du CESEDA ne peut être considéré comme adapté, et encore moins comme nécessaire aux exigences que ces dispositions poursuivent.

(i) En effet, s'agissant du premier alinéa, il est seulement évoqué une menace à l'ordre public sans que ne soit fixé des critères de gravité minimale permettant d'apprécier si le comportement d'un demandeur d'asile constitue une menace pour l'ordre public justifiant son placement en rétention administrative là où il est exigé dans d'autres textes des « *raisons impérieuses de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale* » (v. l'article L. 753-2 du CESEDA relatif au placement en rétention du demandeur d'asile qui fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire français).

De même, aucune précision n'est indiquée quant au contenu et à la nature de l'appréciation au cas par cas préalable à la rétention administrative.

En l'absence de telles précisions sur les caractéristiques de cette menace et sur les éléments à prendre en compte pour apprécier si elle justifie le placement en rétention administrative d'un demandeur d'asile, une telle mesure privative de liberté reste possible en cas de troubles mineurs à l'ordre public ou de simples soupçons.

Ainsi, n'importe quelle menace à l'ordre public peut justifier à elle seule un placement en rétention administrative, alors même que cette dernière emporte des conséquences particulièrement graves.

Vainement serait-il soutenu, comme a pu le faire le ministre de de l'Intérieur pour s'opposer devant le Conseil d'Etat au renvoi de la présente question prioritaire de constitutionnalité, que la notion de menace à l'ordre public renverrait en l'espèce à l'exigence de « protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public » énoncée à l'article 8, paragraphe 3, sous e) de la directive 2013/33, alors que, d'une part, la présentation de l'amendement à l'origine des dispositions contestées faisait état de la nécessité de permettre la rétention administrative de « *profils évocateurs de risques de troubles à l'ordre public (sortants de prison, interpellés...)* » (Présentation de l'amendement n° 592 rect., 7 novembre 2023, en ligne²) de sorte que l'article L.523-1 pourrait trouver à s'appliquer en l'absence même de menace caractérisée à l'ordre public et, d'autre part, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité de tenir compte de l'interprétation de la disposition législative contestée qu'impose sa conformité aux engagements internationaux de la France pour conclure à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit (v. Cons. Const., 2 octobre 2020, n° 2020-858/859, §9).

(ii) S'agissant ensuite du second alinéa, la mesure prévue ne pourrait pas plus être regardée comme adaptée ou nécessaire alors même que, comme souligné par monsieur Malverti dans ses conclusions sous l'arrêt du 6 mars 2024, les motifs énumérés à l'article L. 523-2 du CESEDA qui permettent de regarder comme établissant le risque de fuite, « *couvrent de très nombreuses hypothèses, dont certaines n'attestent pas nécessairement d'un tel risque* », parmi lesquelles, notamment, le cas de l'étranger n'ayant pas formé sa demande dans les quatre-vingt-dix jours de son entrée en France (1°) ou de celui de l'étranger s'étant maintenu sur le territoire d'un Etat membre de l'espace Schengen sans justifier d'un droit de séjour ou sans y avoir déposé sa demande d'asile dans les délais les plus brefs (4°) - qui ne figurent d'ailleurs pas parmi les présomptions de fuite énumérés à l'article L. 751-10 relatif à la rétention des demandeurs dublinés - qui renvoient davantage à des situations observées par les autorités recevant régulièrement des demandes d'asile sans avoir compétence pour les enregistrer plutôt qu'à des éléments favorisant effectivement le risque de fuite (conclusions de Clément Malverti, op. cit.).

² https://www.senat.fr/amendements/2022-2023/434/Amdt_592.html

Dit autrement, le placement en rétention administrative d'un demandeur d'asile justifié par les circonstances mentionnées au seconde alinéa de l'article L.523-2 du CESEDA ne peut être considéré ni comme adapté ni comme nécessaire aux fins de prévenir le risque de fuite de l'intéressé alors même qu'il se fonde sur des hypothèses ne traduisant pas un tel risque et repose sur le préjugé selon lequel, pour reprendre les termes du ministre de l'Intérieur, « *une personne qui viendrait dans notre pays pour demander l'asile le ferait spontanément* » (compte-rendu des débats devant le Sénat, Séance du 9 novembre 2023, en ligne).

2. Deuxièmement, le placement en rétention administrative pour les motifs prévus à l'article L.523-1 du CESEDA ne saurait être considéré, compte tenu notamment de la durée de rétention prévue, comme proportionné à l'objectif poursuivi.

En effet, la rétention administrative peut se prolonger, a minima, jusqu'à 9 jours le temps de l'instruction de la demande d'asile, laquelle doit être complétée dans un délai maximal de cinq jours (CESEDA, art. R.531-2) auxquels s'ajoutent les 96 heures imparties à l'OFPRA pour statuer (art. R.531-23). Dans l'hypothèse où le ressortissant étranger serait débouté de sa demande, il pourrait encore être maintenu en rétention le temps de procéder à son éloignement, le cas échéant, durant une période totale allant jusqu'à trente jours si la situation relève du droit commun, ce qui revient à une privation de liberté d'une durée pouvant aller jusqu'à 39 jours.

Une privation d'une durée pouvant aller jusqu'à 9 jours est plus encore disproportionnée s'il s'avère au terme de l'examen de sa demande que l'étranger est bien éligible au statut de réfugié, que l'administration estime pouvoir lui délivrer un titre de séjour ou qu'il dispose de se faire délivrer un tel titre.

Cette durée ne saurait donc être considérée comme strictement proportionnée à l'objectif poursuivi, relatif à la prévention d'une menace pour l'ordre public ou d'un risque de fuite d'un demandeur d'asile, d'autant plus qu'il est possible qu'aucune décision d'éloignement n'intervienne, soit que l'intéressé ait finalement obtenu une protection internationale, soit qu'il se soit vu reconnaître un droit au séjour à un autre titre.

La mesure de rétention administrative prévue par les dispositions contestées est d'autant plus disproportionnée qu'elle concerne des demandeurs d'asile qu'elle prive, comme exposé *infra*, des garanties nécessaires pour que

leur demande soit examinée correctement et puisse ainsi être considérée comme effective.

3. Les dispositions des deux alinéas de l'article L. 523-1 du CESEDA sont donc contraires à l'article 66 de la Constitution en tant qu'ils autorisent l'administration à imposer une mesure de privation de liberté qui n'est ni nécessaire, ni adaptée, ni proportionnée, à supposer que cette mesure puisse être regardée comme poursuivant l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde des droits et libertés.

La déclaration d'inconstitutionnalité s'impose à ce premier titre.

B. Les dispositions contestées de l'article L.523-1 du CESEDA sont contraires au droit constitutionnel d'asile

1. Conformément au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ».

Le Conseil constitutionnel en a déduit un droit constitutionnel d'asile (Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, décision n° 93-325 DC ; Conseil constitutionnel, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, décision n° 98-399 DC), lequel implique, pour être effectif, que les personnes concernées puissent bénéficier de conditions d'accueil suffisantes leur permettant de séjourner en France et d'entamer leur procédure de demande d'asile.

En effet, comme le souligne le Conseil constitutionnel, il s'agit « *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* » (Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, décision n° 93-325 DC, §81) si bien que la loi ne peut « *en régler les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* » (idem).

Ainsi, davantage que le seul droit de demander l'asile sur le territoire français, l'extension du champ de la garantie constitutionnelle de l'asile aux demandeurs de la qualité de réfugié, couplée à la « mise en œuvre » de cette garantie par la Convention de Genève, a conduit le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État à reconnaître à tous les demandeurs d'asile un ensemble de droits découlant de ce droit d'asile constitutionnel (Marie A. et Fleury Graff T., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit d'asile mise en perspective avec celle du Conseil d'État : l'art de l'ouroboros », *Titre VII*, n°6, avril 2021).

En ce sens, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte l'exigence constitutionnelle que constitue le droit d'asile (Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, décision n°93-325 DC, §81 ; Conseil constitutionnel, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, décision n°97-389 DC, §25 ; Conseil constitutionnel, 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, décision n°2003-485 DC, §2).

2. A ce titre, le Conseil constitutionnel a notamment dégagé du Préambule de la Constitution le droit pour le demandeur d'asile de demeurer sur le territoire pendant tout l'examen de sa demande d'asile (Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n°93-325 DC), et même avant sa demande par sa décision n°92-307 DC : le Conseil a en effet estimé « *qu'un étranger qui a sollicité son admission en France au titre de l'asile ne saurait faire l'objet d'un maintien en zone de transit le temps nécessaire à son départ, moyennant des garanties adéquates, que s'il apparaît que sa demande d'asile est manifestement infondée* ».

Outre le droit de demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande, le droit d'asile s'oppose également à ce que les demandeurs soient privés de leur liberté individuelle sauf lorsque des doutes sont permis quant au caractère fondé de leur demande.

Plus précisément, il ressort des décisions n°2003-484 DC (cons. 54-60) et n°2019-807 QPC (cons. 9) que le placement en rétention d'un demandeur d'asile doit avoir un caractère exceptionnel, et ne peut être justifié que par le caractère manifestement infondé et dilatoire de la demande d'asile.

De manière similaire, si le Conseil constitutionnel a déclaré conforme la possibilité de placer en rétention l'étranger qui fait l'objet d'une

requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge adressée à l'État-membre ou associé, que l'autorité administrative estime responsable de l'examen de la demande d'asile au sens du Règlement UE 604/2013 du 26 juin 2013 dit « Dublin », c'est dans la mesure où la rétention intervient à un stade où « *l'autorité administrative dispose d'indices sérieux que l'examen de la demande d'asile échoit à un autre État en application du règlement européen du 26 juin 2013* » (décision DC 2018-762 DC du 15 mars 2018, cons. 12) ; et que l'étranger ne peut alors « *être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à la détermination de l'État responsable de l'examen de sa demande d'asile, une fois émise la requête de prise en charge ou de reprise en charge, et, le cas échéant, à l'exécution de la décision de transfert* » (Décision DC n°2018-762 DC du 15 mars 2018, cons. 15).

Ces exigences font ainsi écho au principe consacré en matière d'asile conventionnel (cf. art. 31 de la convention de Genève et article 8-1 de la directive « accueil ») selon lequel le droit d'asile exclut qu'un étranger soit placé en rétention au seul motif qu'il a présenté une demande d'asile.

3. En somme, plusieurs exigences constitutionnelles découlent ainsi du droit d'asile et concourent à permettre à un ressortissant étranger de solliciter l'asile en France.

(i) Cela suppose, en premier lieu, d'autoriser l'intéressé à se maintenir sur le territoire.

Parmi les garanties constitutionnelles attachées au droit d'asile figure ainsi le fait d'autoriser l'étranger qui se réclame de ce droit à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande, de sorte qu'il puisse, notamment, exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel (Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, décision n°93-325 DC, §84).

A ce titre, un étranger qui a sollicité son admission en France au titre de l'asile ne saurait faire l'objet d'un maintien en zone de transit le temps nécessaire à son départ, moyennant des garanties adéquates, que s'il apparaît que sa demande d'asile est manifestement infondée (Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, §11).

(ii) Ces garanties impliquent également de ne pas dissuader un ressortissant étranger de solliciter l'asile en France.

En effet, le droit de demander l'asile sur le territoire français ne saurait être effectif s'il s'accompagne d'un régime qui, par les contraintes qu'il fait peser sur les intéressés, dissuade ces derniers d'y avoir effectivement recours.

(iii) Enfin, les garanties constitutionnelles attachées au droit d'asile nécessitent que soient offertes à l'intéressé des conditions appropriées pour solliciter l'asile.

Outre d'assurer au demandeur un niveau de vie digne et adéquat le temps de l'examen de sa demande, il appartient au législateur de mettre l'intéressé en mesure même de formuler sa demande et réunir les informations et pièces nécessaires à ce qu'elle soit correctement instruite. En effet, pour que le droit de demander l'asile sur le territoire français soit effectif, encore faut-il que la demande de l'intéressé ait des chances d'aboutir ce qui suppose de permettre à ce dernier de réunir les informations et les pièces nécessaires de sorte qu'il puisse présenter un récit cohérent et circonstancié devant l'OFPRA.

Ainsi le droit d'asile ne saurait se limiter à la seule possibilité laissée aux ressortissants étrangers de présenter une demande d'asile sur le territoire français mais suppose l'existence de toutes les garanties nécessaires à ce qu'une telle demande puisse être effectivement formulée en ayant des chances de prospérer.

4. Dans le cas présent, les dispositions contestées de l'article L.523-1 du CESEDA méconnaissent également les exigences attachées au droit constitutionnel d'asile dès lors que les hypothèses de rétention administrative des demandeurs d'asile qu'elles prévoient reposent sur des motifs insuffisants et, de surcroît, compte tenu des conditions de leur mise en oeuvre, dissuadent l'exercice du droit d'asile et, en toute hypothèse, ne permettent pas de l'exercer de manière effective.

En effet, les dispositions contestées de l'article L.523-1 du CESEDA ne subordonnent aucunement le placement en rétention administrative des demandeurs d'asile à la circonstance que leur demande serait manifestement infondée ou dilatoire mais se fondent sur des motifs qui y sont totalement

étrangers, à savoir l'existence d'une menace à l'ordre public ou des risques de fuite.

En réalité, ces dispositions présupposent le caractère infondé ou dilatoire de telles demandes, qui, pour reprendre les termes du ministre de l'Intérieur à l'origine de ce texte, « *ne [servirait] évidemment qu'à gagner du temps* » (Compte-rendu des débats devant le Sénat, Séance du 9 novembre 2023, en ligne³).

Ces présupposés revêtent ainsi un caractère dissuasif en ce qu'un ressortissant étranger pourrait être découragé de présenter une demande d'asile que les autorités assimilent d'emblée à « *un détournement du droit de l'asile* » (idem).

A ce titre, on soulignera que, contrairement aux indications du ministre lors de l'examen de ces dispositions devant le Parlement, ces dernières ne visent pas exclusivement les situations où une personne aurait « *[attendu] des mois ou des années sur le territoire national, en situation d'irrégularité, pour finalement demander l'asile une fois interpellée par la police* » mais trouvent à s'appliquer, compte tenu de leur rédaction actuelle, y compris à un étranger venant à peine d'arriver sur le territoire.

Surtout, ces dispositions ont pour effet d'empêcher les demandeurs d'asile de compléter leur demande dans des conditions appropriées pour en assurer un examen correct. En effet, les demandeurs d'asile placés en rétention administrative sur le fondement du premier alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA ne sont pas nécessairement retenus dans les centres de rétention administrative (CRA) mentionnés aux articles R.744-1 et suivants mais peuvent également être maintenus dans les locaux de rétention mentionnés à l'article R.744-8.

Or, ces locaux n'accueillent pas, contrairement aux CRA, d'associations ayant pour mission, conformément à l'article R.744-20 d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits de sorte qu'ils bénéficient d'une assistance juridique adéquate pour permettre l'exercice effectif de leurs droits. Cette assistance se révèle pourtant fondamentale dans l'instruction des demandes d'asile dès lors qu'elle permet d'accompagner l'intéressé dans sa démarche en l'aidant à mobiliser les informations essentielles de son parcours et à rassembler, par l'intermédiaire de contacts extérieurs, tous les éléments susceptibles d'appuyer et de documenter sa demande. Cette assistance est ainsi d'autant plus

³ <https://www.senat.fr/seances/s202311/s20231109/s20231109017.html#section3896>

précieuse que les demandes d'asile sont le plus souvent rejetées au regard des déclarations imprécises voire erronées du demandeur, des prétendues incohérences entachant son récit et de l'absence d'éléments probants permettant de démontrer le contraire.

En d'autres termes, un demandeur d'asile retenu en rétention administrative n'est pas placé dans des conditions lui permettant de faire valoir ses droits en présentant une demande d'asile complète et circonstanciée ayant des chances d'aboutir favorablement de sorte que le droit d'asile ne peut être regardé comme mis en œuvre de manière effective.

Pour toutes ces raisons, les dispositions de l'article L.523-1 du CESEDA portent une atteinte manifestement disproportionnée au droit constitutionnel d'asile faute d'opérer une conciliation équilibrée des objectifs constitutionnels que sont le droit constitutionnel d'asile d'une part et la préservation de l'ordre public d'autre part.

La déclaration d'inconstitutionnalité s'impose encore.

C. Les dispositions contestées de l'article L.523-1 du CESEDA sont contraires au principe constitutionnel d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

1. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que *« la Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »*.

Le Conseil constitutionnel en a dégagé un principe d'égalité devant la loi qui, s'il *« 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 »*, c'est à la condition que *« dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »* (Cons. Const., Décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, *Mouvement des entreprises de France et autres*, §13).

Pour le dire autrement, « *si, en règle générale, [le principe d'égalité] impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* » (Cons. Const., Décision n° 2013-336 QPC du 1er août 2013, *Société Natixis Asset Management*, §12).

Toutefois, encore faut-il que la différence ainsi instituée par le législateur, soit parce qu'elle traite de manière distincte des personnes placées dans une situation identique, soit parce qu'elle traite de manière différente des personnes placées dans des situations pourtant différentes, soit cohérente avec l'objet de la norme qui l'établit.

2. Dans le cas présent, comme exposé *supra*, le premier alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA permet le placement en rétention administrative des demandeurs d'asile en dehors de toute procédure d'éloignement sur le seul fondement de ce que leur comportement constituerait une menace à l'ordre public.

Or, il convient de garder à l'esprit qu'avant l'entrée en vigueur des dispositions attaquées, il existait déjà deux régimes distincts liant le placement en rétention d'une personne – qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement - et un critère tiré d'une atteinte à l'ordre public. Le chapitre II du titre V du livre VII prévoit la possibilité de placer en rétention une personne qui présente une menace grave à l'ordre public à l'issue de l'examen de la demande par l'OFPRA, en cas de décision de rejet, de clôture ou d'irrecevabilité. Le chapitre III du même titre prévoit quant à lui la possibilité de placer en rétention le demandeur d'asile dès la procédure de demande d'asile à l'OFPRA une personne qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion, d'interdiction administrative ou judiciaire du territoire et ce pour des raisons impérieuses de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale établies à partir d'une évaluation individuelle du demandeur.

Il ressort de l'économie générale de ces mesures que le placement en rétention d'une personne dont la demande d'asile est en cours d'instruction à l'OFPRA ou à été rejeté par ce dernier, n'est possible que :

- si elle fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français et « *lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige* » (CESEDA, art. L.752-1 et suivants) ;
- ou si elle fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français en application de l'article 131-30 du code pénal ou d'une interdiction administrative du territoire français et au regard de « *raisons impérieuses de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale* » (CESEDA, art. L.753-1 et suivants).

A l'inverse, les dispositions critiquées prévoient le placement des demandeurs d'asile avant même que l'OFPRA ne se prononce, et sans qu'aucune mesure d'éloignement soit décidée, pour une simple menace à l'ordre public.

Dit autrement, en créant le premier aliéna de l'article L. 523-1 du CESEDA, le législateur a traité de façon identique, c'est-à-dire par un placement en rétention, des situations différentes au regard, d'une part, de la gravité de la menace à l'ordre public qu'elles constituent et, d'autre part, de la procédure d'éloignement dans laquelle elles s'inscrivaient.

Cette différence, qui revient à soumettre les personnes visées par le premier alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA à un traitement plus défavorable que celles visées aux articles L.752-2 et L.753-2 dès lors qu'elles peuvent être placées en rétention administrative en dehors de toute procédure d'éloignement et sur le critère d'une simple menace à l'ordre public, ne saurait par ailleurs être regardée comme cohérente avec l'objet de la loi du 26 janvier 2024 alors même que cette dernière poursuit l'objectif d'assurer l'exécution de mesures d'éloignement qui n'ont, en l'espèce, pas encore été adoptées.

Le premier alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA est ainsi contraire au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui garantit le principe d'égalité devant la loi.

La déclaration d'inconstitutionnalité est certaine.

III. Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité

1. Il n'existe aucune raison pour que la date d'abrogation soit reportée.

Par ailleurs, afin de permettre de faire cesser les effets de l'inconstitutionnalité, il est sollicité du Conseil constitutionnel qu'il précise qu'à compter de la publication de sa décision à intervenir la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans les instances en cours ou à venir et qu'il reviendra alors à la juridiction compétente pour statuer d'en tirer toutes les conséquences.

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

- **DÉCLARER contraire à la Constitution** l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en tant qu'il prévoit deux nouveaux cas de placement en rétention administrative des demandeurs d'asile.

*Pour la S.C.P. Anne SEVAUX et Paul MATHONNET,
l'un d'eux*

A handwritten signature in blue ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke ending in a small hook.