

Paris, le 12 janvier 2024

Décision du Défenseur des droits n° 2024-001

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, et notamment son article 66 ;

Vu le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et notamment ses alinéas 10, 11 et 13 ;

Vu la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et notamment ses articles 4, 5, 6, 8, 9, 11 et 16 ;

A la suite des avis n°23-02 et 23-07 rendus, sur le fondement de l'article 32 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, dans le cadre du débat parlementaire relatif au projet de loi *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration* ;

Estimant que plusieurs dispositions de la loi adoptée par le Sénat et l'Assemblée nationale le 19 décembre 2023 portent atteinte à certains droits et libertés reconnus par la Constitution ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil constitutionnel saisi par le président de la République, la présidente de l'Assemblée nationale et plus de soixante parlementaires.

A handwritten signature in blue ink, consisting of the letters 'CHÉDON' in a stylized, cursive script.

Claire HÉDON

Observations devant le Conseil constitutionnel en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Le 1^{er} février 2023, un projet de loi *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration* porté par les ministres de l'intérieur, de la justice ainsi que du travail, du plein-emploi et de l'insertion a été déposé au Sénat. Dans les conditions prévues à l'article 45 de la Constitution, ce projet de loi a été adopté, après la réunion d'une Commission mixte paritaire, par le Sénat et, définitivement, par l'Assemblée nationale le 19 décembre 2023.

Lors de la procédure législative, la Défenseure des droits a été auditionnée par les commissions des Lois du Sénat et de l'Assemblée nationale. A ces occasions, elle a transmis deux avis au Parlement afin d'alerter le législateur sur les atteintes aux droits fondamentaux provoquées par le texte alors en discussion. Ils concernaient le projet de loi tel que présenté par le Gouvernement¹ puis tel qu'amendé par le Sénat².

La loi adoptée lève la quasi-totalité des protections matérielles et procédurales contre l'éloignement, limite la possibilité pour les étrangers de bénéficier de droits sociaux ou du regroupement familial, modifie les règles d'acquisition et de retrait de la nationalité française et porte atteinte à des droits des demandeurs d'asile et réfugiés ou bénéficiaires de la protection subsidiaire.

Le 26 décembre 2023, le président de la République, la présidente de l'Assemblée nationale et plus de soixante parlementaires ont déféré au Conseil constitutionnel l'ensemble de la loi adoptée en application du second alinéa de l'article 61 de la Constitution.

Dans ce cadre, et constatant que les modifications apportées au projet de loi par les parlementaires n'ont pas permis d'écarter l'ensemble des difficultés signalées dans les avis qu'elle a formulés³, la Défenseure des droits décide de formuler des observations devant le Conseil constitutionnel sur les atteintes portées par la loi déférée aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Remarques liminaires

Au regard de la compétence du Défenseur des droits, telle que définie par l'article 71-1 de la Constitution et précisée par les articles 4 et 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, les observations formulées devant

¹ Avis n°23-02.

² Avis n°23-07.

³ Hormis s'agissant, mais de manière incomplète, de l'interdiction de placer en rétention administrative l'ensemble des mineurs.

le Conseil constitutionnel sont limitées aux atteintes portées par la loi déferée aux droits et libertés garantis par la Constitution. Dès lors, ces observations ne préjugent ni des éventuelles atteintes résultant de cette loi aux droits et libertés garantis par des normes internationales et européennes, ni des violations de la procédure législative, et notamment de l'article 45 de la Constitution en ce qu'il précise que « *tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* », lors de l'élaboration de ce texte.

Par ailleurs, lors des débats législatifs, des parlementaires et membres du Gouvernement ont admis l'inconstitutionnalité de certaines dispositions et renvoyé au Conseil constitutionnel le soin de les censurer⁴. De telles positions ne sont pas respectueuses de l'État de droit.

En effet, l'État de droit implique que l'ensemble des organes de l'État sont liés par les normes constitutionnelles qui leur imposent de respecter les procédures encadrant leur fonction ainsi que les droits et libertés garantis par la Constitution⁵. En outre, l'ordre constitutionnel – notamment l'alinéa 14 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et les articles 55 et 88-1 à 88-7 de la Constitution du 4 octobre 1958 – soumet les organes étatiques à une obligation de mettre en œuvre le droit international, et notamment les droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDH) ainsi que par le droit de l'Union européenne.

Par conséquent, les organes participant à la procédure législative, c'est-à-dire à la formation de la volonté générale dans le respect de la Constitution⁶, ne sauraient soutenir sciemment des dispositions qu'ils estiment être contraires à la Constitution ou à des textes internationaux et renvoyer aux mécanismes de contrôle le soin de sélectionner les dispositions acceptables⁷. Certes, les parlementaires et le Gouvernement peuvent présenter et voter des textes qu'ils estiment conformes à ces règles et qui s'avèrent, lors de leur examen par le Conseil constitutionnel ou par les juridictions administratives et judiciaires, inconstitutionnels ou inconstitutionnels : c'est

⁴ V. notamment Florent BOUDIÉ, Élodie JACQUIER-LAFORGE, Muriel JOURDA et Philippe BONNECARRÈRE, *Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, 19 décembre 2023 et le compte-rendu des débats sur le rapport de la commission mixte paritaire, du projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration à l'Assemblée nationale lors de la 2^e séance du mardi 19 décembre 2023.

⁵ V. dans le même sens, l'article 20 de la Loi fondamentale allemande « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

⁶ Cons. Const., 23 août 1985, n°85-197 DC, cons. 27.

⁷ Par exemple, ce principe a été rappelé par la lettre circulaire du Premier ministre, adressée à tous les membres du Gouvernement, sur ses instructions pour les principes et l'organisation de l'action gouvernementale, le 24 mai 1988 : « *Il convient de toute faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi inscrites à l'ordre du jour. Cette préoccupation doit être la nôtre même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable* » (p.2).

le rôle des avis rendus par le Conseil d'État en amont du dépôt d'un projet de loi⁸, de la procédure législative, des avis rendus par le Défenseur des droits au Parlement, ainsi que des contrôles effectués après l'adoption de la loi par le Conseil constitutionnel, seul organe compétent pour sanctionner l'inconstitutionnalité d'une loi, que de permettre de débattre d'éventuelles divergences d'interprétation concernant les obligations pesant sur l'État. En revanche, la stratégie consistant à ignorer délibérément les obligations constitutionnelles et internationales est incompatible avec le respect de l'État de droit puisqu'elle implique pour un organe de l'État de se délier de ces exigences. En outre, elle repose sur une mise en opposition, délétère pour une démocratie libérale, entre les institutions élues et les organes de contrôle. A plus long terme, une telle méthode participe d'une remise en cause des règles visant à assurer la garantie des droits et à déterminer la séparation des pouvoirs en les réduisant à des questions de second ordre pour le débat politique, voire à des obstacles pour l'expression de la volonté générale.

Sur les atteintes aux droits et libertés garantis par la Constitution dans la loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration

Le Conseil constitutionnel a reconnu, à partir notamment d'une décision du 13 août 1993, un véritable « *statut constitutionnel des étrangers* »⁹. Il a considéré que « *si aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assurent aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »¹⁰, il appartient au législateur « *de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* »¹¹. Ces droits incluent notamment la liberté individuelle¹², le droit au respect de la vie privée¹³, le droit de mener une vie familiale normale¹⁴, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵, le droit à un recours juridictionnel effectif¹⁶ ou encore le droit d'asile¹⁷.

Le législateur doit concilier ces droits avec les objectifs à valeur constitutionnelle et notamment celui de sauvegarde de l'ordre public auquel « *participe la lutte contre l'immigration irrégulière* »¹⁸ en respectant au moins trois principes. D'abord, « les

⁸ Voire d'une proposition de loi, s'il est saisi, avant sa discussion.

⁹ Bruno Genevois, « Le statut constitutionnel des étrangers », *RFDA*, 1993.

¹⁰ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 2.

¹¹ *Ibid.*, cons.3.

¹² Cons. Const., 1^{er} décembre 2017, n°2017-674 QPC, cons. 13 et suiv.

¹³ Cons. Const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, cons. 44.

¹⁴ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons.3.

¹⁵ Cons. Const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC, cons. 6.

¹⁶ Cons. Const., 1^{er} décembre 2017, n°2017-674 QPC, cons. 18 et suiv.

¹⁷ Cons. Const., 4 décembre 2003, n°2003-485 DC, cons. 2.

¹⁸ Cons. Const., 9 juin 2011, n°2011-631 DC, cons. 64.

atteintes portées à l'exercice de ces libertés [doivent être] adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »¹⁹. Ensuite, les dispositions doivent être suffisamment précises et non équivoques, afin de respecter l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, et 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 »²⁰. Enfin, le législateur doit respecter les principes d'égalité et de non-discrimination. En particulier, il peut adopter des régimes différenciés pour les étrangers et les nationaux puisque du point de vue du droit d'entrée et de séjour, ils se trouvent dans une situation différente²¹ mais la différence de traitement qui en résulte doit être en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit²².

Plusieurs dispositions de la loi adoptée portent atteinte à ces règles et principes.

Sur l'introduction de quotas migratoires (article 1^{er})

Le dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi déferée crée un nouvel article L.123-2 du CESEDA aux termes duquel :

« Le Parlement détermine, pour les trois années à venir, le nombre des étrangers admis à s'installer durablement en France, pour chacune des catégories de séjour à l'exception de l'asile, compte tenu de l'intérêt national. L'objectif en matière d'immigration familiale est établi dans le respect des principes qui s'attachent à ce droit ».

Sur l'atteinte à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

Cette disposition souffre à double titre, d'un défaut de clarté et d'intelligibilité.

En premier lieu, le champ des personnes concernées par ces quotas n'apparaît pas suffisamment défini. La formule « *étrangers admis à s'installer durablement en France* » prête tout particulièrement à confusion. La saisine des sénateurs et sénatrices révèle que cette disposition a été comprise par une partie de la représentation nationale comme ne visant que l'entrée sur le territoire français. Or, de nombreuses personnes sont finalement admises à demeurer durablement sur le territoire, et se voient à cet effet délivrer un titre de séjour renouvelable, alors même qu'elles ne sont pas entrées régulièrement sur le territoire. Les quotas déterminés par

¹⁹ *Ibid.*, cons. 66 ; Const. Const., 15 mars 2018, n° 2018-762 DC, cons. 9.

²⁰ Cons. Const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, cons. 52.

²¹ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 2.

²² Cons. Const., 9 avril 2015, n° 2015-463 QPC, cons. 3.

le Parlement pourraient, dès lors, concerner également les décisions de régularisation, que celles-ci soient de plein droit ou relèvent d'une admission exceptionnelle au séjour. De même, une personne sous autorisation provisoire de séjour pourrait être concernée si elle remplit les conditions pour accéder à un titre pérenne.

En deuxième lieu, l'objectif qui doit présider à la détermination de ces quotas pâtit également d'un défaut de clarté puisque la notion d'« *intérêt national* » n'a donné lieu à aucune définition précise, notamment sur le plan constitutionnel et est suffisamment substantielle pour ne pas pouvoir être renvoyée à une définition qui relèverait du pouvoir réglementaire.

Sur l'atteinte au principe d'égalité

Par ailleurs, la détermination de quotas migratoires contraignants porte une atteinte excessive au principe d'égalité. De tels quotas conduiraient en effet à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations identiques au seul motif que la décision sur leur demande de visa ou de titre de séjour interviendrait avant ou après l'atteinte dudit quota.

Compte tenu des délais variables d'accès au guichet, d'enregistrement et de traitement des demandes par les différentes administrations compétentes, des personnes ayant déposé leur demande simultanément peu avant l'atteinte du quota feraient inmanquablement l'objet de décisions différentes alors même que leur situation serait identique et leur dossier complet. Des demandes enregistrées plus tôt mais dont l'instruction serait plus longue se heurteraient à l'atteinte du quota alors que des demandes enregistrées plus tard mais traitées avec plus de célérité pourraient aboutir favorablement du fait d'une décision prise avant que le quota ne soit atteint.

L'article 1^{er} de la loi déferée en ce qu'il introduit des quotas migratoires apparaît ainsi contraire au principe d'égalité devant la loi et à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Sur les conditions d'accès au regroupement familial (articles 3, 4 et 5)

Les articles 3, 4 et 5 de la loi déferée durcissent les modalités et conditions d'accès à la procédure de regroupement familial qui constitue « *une garantie légale du droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France à y mener une vie familiale normale* »²³. Or, plusieurs des modifications apportées à cette procédure portent une atteinte disproportionnée à ce droit.

²³ Cons. Const., 15 décembre 2005, n° 2005-528 DC, cons. 15.

Sur l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale résultant de l'allongement de la durée de résidence régulière de 18 à 24 mois

L'article 3, 1°, a), de la loi déferée allonge la durée de séjour régulier au terme de laquelle un ressortissant étranger régulièrement établi en France peut solliciter le bénéfice du regroupement familial. Cette durée passe de 18 à 24 mois²⁴.

Or, le Conseil Constitutionnel s'est déjà prononcé sur cette durée dans sa décision du 13 août 1993 précisant, s'agissant de la condition de durée de séjour préalable et régulier en France de deux années alors prévue par la loi contrôlée, qu'il importait « *que la demande de regroupement puisse être formulée avant l'expiration de ce délai, pour que le droit soit effectivement susceptible d'être ouvert avant son terme* »²⁵.

C'est ainsi conformément à cette réserve émise par le Conseil constitutionnel que l'article L.434-2 du CESEDA fixe actuellement à 18 mois la durée de séjour régulier préalable requise pour solliciter le bénéfice du regroupement familial tandis que l'article R.434-26 du CESEDA limite à 6 mois le délai laissé à l'autorité préfectorale pour statuer sur la demande, de sorte que le regroupement familial puisse effectivement être autorisé avant l'expiration du délai de deux ans mentionné par le Conseil constitutionnel.

Dès lors, l'augmentation de la durée de séjour régulier préalable requise pour solliciter le bénéfice du regroupement familial prévue par l'article 3 de la loi déferée apparaît contraire au droit de mener une vie familiale normale tel qu'il a été reconnu aux étrangers régulièrement établis en France par le Conseil Constitutionnel.

Sur l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale résultant de l'ajout d'une condition d'âge minimum

L'article 3, 1°, b), de la loi déferée ajoute une condition d'âge minimum de 21 ans à l'égard du ressortissant étranger régulièrement établi en France qui sollicite le regroupement familial en faveur de son conjoint et augmente l'âge minimum requis pour ce dernier de 18 à 21 ans.

L'objectif indiqué par les parlementaires pour justifier cette restriction du droit de mener une vie familiale normale est la lutte contre les mariages forcés. Cependant, aucune précision n'est donnée quant à la nécessité et l'adaptation d'une telle modification pour

²⁴ Sauf pour les Algériens qui bénéficient sur ce point d'un régime plus favorable en vertu de l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié et peuvent solliciter le bénéfice du regroupement familial au terme d'une année de séjour régulier en France (article 4 de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968).

²⁵ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 71.

parvenir à l'objectif fixé. Notamment, aucune donnée n'est apportée sur le nombre de demandes de regroupement familial sollicitées par des étrangers de moins de 21 ans ou au bénéfice de conjoints étrangers de moins de 21 ans, ou sur une éventuelle surreprésentation des mariages forcés dans ces groupes. De même, rien ne permet d'établir que la fixation d'un âge plancher pour pouvoir bénéficier du regroupement familial, indépendamment de toute vérification des conditions du mariage des intéressés, pourrait freiner la pratique des mariages forcés.

Or, cette disposition entraîne des conséquences importantes puisqu'elle exclut du bénéfice du regroupement familial les ressortissants étrangers régulièrement établis en France majeurs de moins de 21 ans et pourra entraîner un allongement de la durée de séparation des conjoints ne remplissant pas la condition d'âge jusqu'à 3 ans par rapport au régime actuellement applicable.

La restriction du droit de mener une vie familiale normale par l'ajout d'une condition d'âge minimum pour solliciter le regroupement familial apparaît dès lors non-nécessaire et inadaptée.

Sur l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale et au principe d'égalité résultant de l'exigence d'une assurance maladie

L'article 3, 2°, b), de la loi déferée ajoute un alinéa à l'article L.434-7 du CESEDA, exigeant que le demandeur du regroupement familial dispose d'une assurance maladie pour lui-même et pour les membres de sa famille.

L'imprécision de la disposition ouvre la voie à différentes interprétations.

En effet, le législateur a pu vouloir s'assurer que le demandeur du regroupement familial dispose bien d'une assurance maladie en France et que les membres de sa famille en disposeront également à leur arrivée en France.

Cependant, dans cette hypothèse, la disposition déferée apparaît inutile puisque l'exigence ajoutée est automatiquement remplie par la mise en œuvre du dispositif d'assurance maladie obligatoire et universelle en vigueur en France. En effet, conformément à l'article L.160-1 du code de la sécurité sociale, tout étranger qui réside régulièrement en France bénéficie d'une assurance maladie et, en vertu de l'article D.160-2, 3°, du même code, les membres de sa famille le rejoignant seront automatiquement affiliés à leur arrivée, sans condition de résidence préalable.

Il se peut donc également que le législateur ait souhaité que les membres de famille rejoignant justifient, avant leur arrivée sur le territoire national, d'une assurance maladie privée couvrant la prise en charge des soins qu'ils recevront en France.

Toutefois, si une telle interprétation était retenue, il en résulterait une atteinte non-nécessaire au droit de mener une vie familiale normale des étrangers résidant régulièrement en France puisqu'elle imposerait à ces derniers ou aux membres de leur

famille un effort financier inutile dès lors que le code de la sécurité sociale prévoit l'affiliation sans délai à l'assurance maladie des membres de la famille à leur arrivée en France. Il en résulterait en outre une rupture d'égalité entre les étrangers en fonction de leurs capacités financières²⁶.

Sur l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale résultant l'obligation de connaissance suffisante de la langue française

L'article 4 de la loi déferée insère dans le CESEDA un article L.434-7-1, subordonnant l'autorisation de séjourner en France au titre du regroupement familial à la justification « *au préalable, auprès de l'autorité compétente, par tout moyen, d'une connaissance de la langue française lui permettant au moins de communiquer de façon élémentaire, au moyen d'énoncés très simples visant à satisfaire des besoins concrets et d'expressions familières et quotidiennes* ».

Cette disposition risque de restreindre particulièrement le droit de mener une vie familiale normale de certains étrangers notamment :

- Les personnes originaires de pays non-francophones ;
- Les personnes résidant dans des pays où des centres de formation en langue française n'existent pas ou peu ;
- Les personnes dont les ressources ne leur permettent pas de financer une formation ;
- Les personnes non ou peu scolarisées.

Une telle restriction n'apparaît pas justifiée et aboutira à entraver le droit de mener une vie familiale normale des étrangers régulièrement établis en France dont les conjoints rencontreront, pour les raisons précitées, des difficultés à justifier d'une connaissance suffisante de la langue française.

L'obligation de connaissance suffisante de la langue française pour bénéficier du droit au regroupement familial pourrait contrevenir ainsi au droit de mener une vie familiale normale.

Sur l'ajout de conditions similaires à celles du regroupement familial pour les conjoints de Français (article 6)

L'article 6 de la loi déferée ajoute aux conditions de délivrance d'un titre de séjour « *vie privée et familiale* » aux conjoints étrangers de Français actuellement prévues à l'article L.423-1 du CESEDA trois nouvelles conditions : l'étranger devra justifier de ressources stables, régulières et suffisantes, d'un logement en France considéré

²⁶ Avis n°23-07.

comme « *normal* » pour un ménage sans enfant ou deux personnes vivant dans la même région géographique, et d'une assurance maladie.

Cet article, qui tend à appliquer aux conjoints de Français des conditions similaires à celles exigées de l'étranger qui sollicite le regroupement familial, a été introduit dans le but de renforcer les conditions d'accès au séjour pour les conjoints de Français et de lutter contre les mariages de complaisance.

Outre le fait qu'aucune précision n'est apportée pour permettre de comprendre l'utilité d'une telle évolution afin de lutter contre les mariages de complaisance par rapport aux dispositions déjà existantes dans le code civil, permettant de contrôler la validité d'un mariage, l'article 6 pourrait constituer une rupture du principe d'égalité ainsi que méconnaître l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité.

En particulier, si l'article fait référence aux ressources de « *l'étranger* », il n'est pas précisé si, comme cela est prévu pour le regroupement familial, les ressources du conjoint français pourront aussi être prises en compte²⁷. Toutefois, si l'on s'en réfère à l'objet de l'amendement adopté, il semblerait que l'intention du législateur soit de ne tenir compte que des ressources de l'étranger, à l'exclusion de celle de son conjoint français, les sénateurs estimant qu'il « *est inenvisageable de faire peser sur les Français concernés des obligations ayant trait à leur niveau de ressources ou leurs conditions de logement* ». Or, dans une telle hypothèse, les conditions appliquées aux conjoints de Français seraient bien plus strictes que celles appliquées aux conjoints rejoignant un étranger régulièrement établi en France puisque dans leur cas, les ressources de la totalité du ménage sont prises en compte.

En outre, le législateur ne précise pas la période de référence permettant d'apprécier le caractère stable et suffisant des ressources. Or, dans le cadre du regroupement familial, la condition de ressources, qui concerne au principal le demandeur – à savoir l'étranger justifiant d'ores et déjà d'une résidence régulière et habituelle d'au moins 18 mois – s'apprécie sur une période de 12 mois précédant le dépôt de la demande²⁸. Appliquer un tel dispositif aux conjoints de Français pour la délivrance d'un titre de séjour « *vie privée et familiale* », tout en excluant la prise en compte des ressources du conjoint français d'ores et déjà établi sur le territoire, aurait pour conséquence de priver d'accès à un tel titre en première demande la quasi-totalité d'entre eux. En effet, il est presque impossible qu'un ressortissant étranger arrivant en France sous couvert d'un visa de long séjour pour y rejoindre son conjoint français arrive non seulement à

²⁷ Article R.434-4 du CESEDA : « *Pour l'application du 1^o de l'article L. 434-7, les ressources du demandeur et de son conjoint qui alimenteront de façon stable le budget de la famille sont appréciées sur une période de douze mois par référence à la moyenne mensuelle du salaire minimum de croissance au cours de cette période* ».

²⁸ *Ibid.*

trouver un emploi sur le territoire national mais aussi à cumuler 12 mois d'ancienneté de travail durant la durée de validité de son visa.

Ainsi, bien que les conditions envisagées par les dispositions déferées soient, d'un point de vue lexical, similaires à celles prévues pour le regroupement familial, la logique qui les sous-tend est en réalité très différente puisque dans un cas, elles sont exigées au principal du membre de famille demandant le rapprochement familial tandis que dans l'autre, elles s'appliquent au membre rejoignant.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où les ressources du conjoint français seraient également prises en compte, la disposition déferée, à rebours de l'intention affichée par les parlementaires, aura pour conséquence de subordonner le droit de vivre en famille des ressortissants français mariés à des ressortissants étrangers à une condition de ressources et de logement. Le droit des nationaux de vivre et construire une famille avec la personne de leur choix s'en trouvera significativement entravé.

L'ensemble de ces mesures paraissent constituer des restrictions disproportionnées du droit de mener une vie familiale normale des conjoints de Français qui ne sont pas justifiées par l'objectif poursuivi par le législateur.

Sur les modalités de règlement du coût de la prise en charge médicale ayant fondé la délivrance d'un titre de séjour aux personnes étrangères malades (article 9)

L'article 9 de la loi déferée modifie l'article L.425-9 du CESEDA prévoyant les conditions de délivrance d'un titre de séjour aux personnes étrangères atteintes d'une pathologie grave nécessitant une prise en charge médicale ne pouvant être assurée dans le pays d'origine. Il prévoit également que lorsque les modalités de règlement du coût de la prise en charge médicale visée par l'article L.425-9 ne sont pas prévues par une convention bilatérale de sécurité sociale, ce coût ne sera pas supporté par l'assurance maladie si l'étranger dispose de ressources ou d'une couverture assurantielle suffisantes.

Cette disposition introduit une différence de traitement en matière d'accès à l'assurance maladie entre étrangers régulièrement et habituellement établis en France sans qu'aucune raison d'intérêt général ne permette de le justifier.

À cet égard, les justifications invoquées dans les travaux législatifs font seulement ressortir « *qu'il paraîtrait préférable que les systèmes assurantiels, publics ou privés, du pays d'origine prennent en charge le coût de ce soin, qu'il ne revient pas à la solidarité nationale de couvrir* »²⁹.

²⁹ Objet de l'amendement N°COM-21 présenté par Mme Muriel JOURDA et M. BONNECARRÈRE, 10 mars 2023.

Or, le simple fait qu'un étranger régulièrement et habituellement établi en France tire son droit au séjour de son état de santé ne semble pas suffire à justifier un accès différencié aux dispositifs de protection sociale, cela d'autant plus qu'en l'occurrence, cet accès différencié concernera principalement les étrangers malades disposant d'un certain niveau de ressources et donc susceptibles de contribuer à la solidarité nationale.

En outre, ces travailleurs – de fait plus à même de disposer de ressources « *suffisantes* » – bénéficieraient d'un moindre droit à l'assurance maladie alors qu'ils y contribueraient à part égale avec les autres travailleurs. Une telle situation constitue une rupture du principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel, ce principe est rompu lorsqu'au sein d'un même régime de sécurité sociale, une partie seulement des assurés finance pour l'ensemble des assurés des prestations identiques malgré l'absence de versement, par près d'un tiers de ceux-ci, de la totalité des cotisations salariales ouvrant droit aux prestations servies par ce régime. Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur avait « *institué une différence de traitement, qui ne repose pas sur une différence de situation entre les assurés d'un même régime de sécurité sociale, sans rapport avec l'objet des cotisations salariales de sécurité sociale* »³⁰. A l'inverse, ce principe doit être également considéré comme rompu lorsqu'une partie des assurés finance pour l'ensemble des assurés des prestations, sans que leur versement n'ouvre droit aux prestations servies par ce régime. Dans une telle configuration, le législateur instaure aussi une différence de traitement, qui ne repose pas sur une différence de situation entre les assurés d'un même régime de sécurité sociale, sans rapport avec l'objet des cotisations salariales de sécurité sociale.

Les modalités de règlement du coût de la prise en charge médicale ayant fondé la délivrance d'un titre de séjour aux personnes étrangères malades résultant de l'article 9 de la loi déferée contreviennent ainsi au principe d'égalité.

Sur la subordination de la délivrance d'une carte de séjour temporaire mention « *étudiant* » au dépôt préalable d'une caution (Article 11)

L'article 11 crée dans le CESEDA un nouvel article L.412-11 prévoyant que la première délivrance d'une carte de séjour temporaire mention « *étudiant* » soit subordonnée au dépôt préalable d'une « *caution retour* », dont le montant sera fixée par décret en Conseil d'État. La caution sera restituée à l'étudiant étranger lorsqu'il quittera la France à l'expiration de son titre de séjour, en cas de renouvellement de ce titre de séjour ou en cas d'obtention d'un autre titre de séjour avec changement de motif. Par exception, la caution sera définitivement retenue lorsque l'étranger se sera soustrait à l'exécution

³⁰ Cons. Const., 6 août 2014, n°2014-698 DC, cons. 13.

d'une décision d'éloignement. Le montant de la caution fixé par décret tiendra compte des critères d'éligibilité des étudiants aux bourses et prévoyant un cas de dispense : à titre exceptionnel, le ministre chargé de l'enseignement supérieur pourra dispenser l'étudiant de la caution lorsque la modicité de ses revenus et l'excellence de son parcours scolaire ou universitaire le justifieront.

Cette disposition apparaît contraire au principe d'égalité. En effet, elle instaure une différence de traitement au détriment des étudiants étrangers, seuls visés par le mécanisme de la caution, pourtant placés dans une situation similaire aux autres étrangers au regard de l'objectif poursuivi par la loi de lutte contre l'immigration irrégulière. En outre, elle introduit une rupture du principe d'égal accès à l'instruction et à la formation professionnelle résultant de l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution de 1946 entre les étudiants ressortissants d'États non-membres de l'Union européenne : seuls certains d'entre eux seront en mesure de justifier d'une caution sans que cette différence de traitement soit justifié par l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière.

Sur l'obligation pour les étudiants bénéficiant d'une carte de séjour pluriannuelle d'établir tous les ans le caractère réel et sérieux de leurs études (article 12)

L'article 12 instaure l'obligation pour les étudiants bénéficiant d'une carte de séjour pluriannuelle de transmettre tous les ans aux services préfectoraux les preuves du caractère réel et sérieux de leurs études, selon des modalités qui seront fixées par décret en Conseil d'État, et sous peine de retrait du titre de séjour.

Cette disposition constitue une restriction de la liberté de l'enseignement reconnue comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République³¹ et qui protège le droit des étudiants de recevoir et de choisir l'instruction dont ils souhaitent bénéficier ainsi que l'égal accès de tous à la formation professionnelle³².

Or, cette restriction n'est pas nécessaire puisque le caractère réel et sérieux des études constitue déjà une condition de délivrance de la carte de séjour pluriannuelle « *étudiant* »³³.

En outre, cette restriction est disproportionnée puisque les dispositions actuellement en vigueur relatives au séjour des étudiants étrangers³⁴, prévoyant un contrôle du caractère réel et sérieux des études ainsi que des moyens d'existence suffisants de

³¹ Cons. Const., 23 novembre 1977, n°77-87 DC, cons. 3.

³² Cons. Const, 4 septembre 2018, n°2018-769 DC, cons. 22

³³ Circulaire du 7 octobre 2008, *Étudiants étrangers - Appréciation du caractère réel et sérieux des études* (NOR : IMII0800042C).

³⁴ Articles L.422-1 et suivants du CESEDA.

l'étudiant, suffisent à garantir un juste équilibre entre les droits en cause et l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière.

Dès lors, l'obligation pour les étudiants bénéficiant d'une carte de séjour pluriannuelle d'établir tous les ans le caractère réel et sérieux de leurs études résultant de l'article 12 de la loi déferée constitue une atteinte à la liberté de l'enseignement.

Sur les conditions d'antériorité de séjour pour bénéficier de certains droits sociaux (article 19)

L'article 19 de la loi déferée introduit des conditions supplémentaires à celle de la régularité de séjour pour le bénéfice de certains droits sociaux et notamment de prestations dites « *non-contributives* ».

Pour le bénéfice de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA), du droit au logement opposable (DALO) et des prestations familiales (hormis l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé et l'allocation forfaitaire versée en cas de décès de l'enfant), les ressortissants étrangers devront justifier résider de façon *stable et régulière* depuis au moins cinq ans sur le territoire français ou être affiliés au régime de sécurité sociale depuis au moins trente mois au titre d'une activité professionnelle.

Quant au bénéfice des aides personnalisées au logement (APL), il sera subordonné à la condition que les personnes étrangères justifient d'un séjour stable et régulier depuis cinq ans ou d'une affiliation à la sécurité sociale d'au moins trois mois au titre d'une activité professionnelle.

Ces nouvelles conditions ne s'appliqueraient pas aux citoyens de l'Union européenne, aux bénéficiaires d'une protection internationale, aux titulaires de la carte de résident et, pour les APL, aux titulaires de visas « *étudiant* ».

Sur l'atteinte au principe d'égalité

Le Conseil constitutionnel reconnaît le droit des étrangers à jouir de la protection sociale « *dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français* »³⁵. Si des régimes différenciés pour les étrangers et les nationaux peuvent être prévus, la différence de traitement qui en résulte doit être en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

³⁵ Cons. Const., 13 août 1993, n°93-325 DC, cons. 3.

Ce principe vaut également pour les droits sociaux et, en particulier, ceux résultant des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 dont le Conseil constitutionnel a progressivement déduit l'obligation pour les pouvoirs publics de mettre en œuvre des politiques de solidarité garantissant des droits à bénéficier de prestations sociales indépendamment de toute contribution³⁶.

Dans ce cadre, le législateur dispose d'une large marge d'appréciation pour déterminer les conditions et les modalités d'attribution des droits sociaux³⁷. A ce titre, il peut conditionner le bénéfice d'une prestation à la justification d'une résidence stable sur le territoire matérialisée par la preuve d'une antériorité de séjour régulier parfois très longue³⁸. Des conditions dites de « *stage préalable* » ont ainsi été progressivement instaurées en matière d'aide sociale. Notamment, l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA) est soumise à une condition d'antériorité de séjour de dix ans et le revenu de solidarité active (RSA) à une condition d'antériorité de séjour régulier de cinq ans, dans les deux cas sous couvert de titres de séjour autorisant à travailler.

Toutefois, ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel, les choix effectués par le législateur concernant les droits à la protection sociale et à l'aide sociale, ne sauraient « *aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »³⁹. En particulier, ces conditions ne doivent pas porter atteinte au principe d'égalité en introduisant une différence de traitement sans rapport direct avec les objectifs poursuivis par le législateur.

Ainsi, s'agissant du RSA, si la condition de cinq ans de séjour préalable sous couvert d'un titre de séjour autorisant à travailler a été admise, c'est en raison du lien qui pouvait être établi entre, d'une part, la stabilité de la présence sur le territoire national, que le législateur a pu considérer comme une condition essentielle à l'insertion professionnelle et, d'autre part, l'objet de la loi, le RSA ayant pour principal objet d'inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle⁴⁰.

A l'inverse, un tel lien ne peut être établi en l'espèce entre, d'une part, les délais de carence particulièrement longs instaurés par l'article 19, s'agissant de prestations visant non pas à favoriser l'insertion professionnelle mais à garantir des moyens convenables d'existence et, d'autre part, l'objet de la loi soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel, à savoir *le contrôle de l'immigration et l'amélioration de*

³⁶ Cons. Const., 18 décembre 1997, n°97-393 DC, cons. 33 ; Cons. Const. 14 août 2003, n°2003-483 DC, cons. 7 ; Cons. Const., 29 décembre 2009, n°2009-599 DC, cons. 100 et 101.

³⁷ Cons. Const., 18 décembre 1997, n°97-393 DC, cons. 30 et 31 ; Cons. Const., 29 décembre 1998, n°98-405 DC, cons. 30 et 31.

³⁸ Cons. Const., 23 janvier 1987, n°86-225 DC.

³⁹ Cons. Const., 29 décembre 2009, n°2009-599 DC, cons. 100 et 101. En ce sens, v. décision n°2023-253.

⁴⁰ Cons. Const., 17 juin 2011, n°2011-137 QPC, cons.5.

l'intégration ». Aucun élément ne tend en effet à établir que l'usage de restrictions à l'accès aux droits sociaux comme outil de régulation dans le cadre d'une politique d'immigration serait d'une quelconque efficacité. La disposition déferée repose en effet sur un présupposé qui n'est pas sérieusement établi, à savoir que le système de protection sociale français provoquerait un « *appel d'air* » motivant les étrangers à entrer en France pour en bénéficier⁴¹.

Dès lors, le critère de la stabilité du séjour tel que défini dans la loi déferée, en ce qu'elle serait désormais attestée par cinq ans de résidence régulière préalable ou trente mois d'affiliation au titre d'une activité professionnelle, constitue un moyen manifestement inadapté pour lutter contre l'immigration irrégulière et, partant, une différence injustifiée de traitement entre les étrangers et les nationaux.

En outre, les conditions fixées par l'article déferé sont également des ruptures du principe d'égalité et de non-discrimination au regard de la nature des prestations visées, à savoir des prestations à destination d'enfants – c'est le cas des prestations familiales – ou de personnes en situation de perte d'autonomie (APA).

En effet, les restrictions introduites, qui visent aussi l'allocation de soutien familial (ASF) versée pour élever un enfant privé de l'aide d'au moins l'un de ses parents, risquent d'affecter de façon démesurée les parents isolés et notamment les femmes. En effet, les familles monoparentales sont davantage touchées par la précarité et, parmi les familles monoparentales en situation de précarité, les mères célibataires sont surreprésentées. Selon l'INSEE, 39 % des mères isolées et 28 % des pères sont en situation de pauvreté⁴².

Le législateur aurait dû aménager les conditions instaurées par l'article 19 de la loi déferée pour éviter la précarisation des parents isolés. En ce sens, la législation relative au RSA exempte les parents isolés de la condition de séjour régulier antérieur préalable requis pour le bénéfice de la prestation⁴³. Une exemption similaire à l'article 19 aurait permis de maintenir un équilibre en faveur des parents isolés, parmi lesquels les femmes sont surreprésentées.

⁴¹ Sénat, JORF Session ordinaire de 2023-2024 Compte-rendu intégral, Séance du 7 novembre 2023, N° 90 S (CR) A ce titre, il y a lieu de relever que parmi les raisons qui expliqueraient les non-recours aux prestations sociales, la DREES relève que « la connaissance précise des dispositifs du RSA, de la prime d'activité, de l'AAH, de l'APA et du minimum vieillesse (ASPA) est bien moins fréquente parmi les immigrés que parmi les personnes nées en France » (DREES, Études et Résultats, avril 2023, n° 1263, *Prestations sociales : pour quatre personnes sur dix, le non-recours est principalement lié au manque d'information*).

⁴² Insee, « Des conditions de vie plus difficiles pour les mères isolées », *Insee Flash Hauts-de-France*, n° 134, 2022.

⁴³ Article L.262-4 du CASF.

Sur l'atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques

Enfin, le caractère dit « *non-contributif* » des prestations concernées signifie que leur versement n'est pas conditionné à l'acquittement préalable de cotisations par le bénéficiaire. Néanmoins, les personnes étrangères sont amenées à contribuer au financement de ces prestations par le biais de prélèvements sur leurs revenus d'activité et de remplacement. Dès lors, l'article 19 implique que les personnes étrangères exerçant une activité verseront des cotisations salariales ouvrant droit à des prestations sans pouvoir en bénéficier et provoque une rupture du principe d'égalité devant les charges publiques. En effet, il instaure une différence de traitement, qui ne repose pas sur une différence de situation entre les assurés d'un même régime de sécurité sociale, sans rapport avec l'objet des cotisations salariales de sécurité sociale.

Au regard de ces éléments, l'article 19 de la loi déferée apparaît contraire aux principes d'égalité et d'égalité devant les charges publiques.

Sur la perte du droit au séjour en cas d'échec au parcours d'intégration (article 21)

L'article 21 de la loi déferée prévoit la perte du droit au séjour en cas d'échecs répétés de la personne étrangère dans son parcours d'intégration.

En effet, il limite à trois le nombre de renouvellements consécutifs d'une carte de séjour temporaire portant une mention identique. Si, à l'issue du troisième renouvellement de son titre temporaire, la personne étrangère ne satisfait toujours pas aux exigences liées à l'intégration requises pour l'obtention d'un titre plus pérenne, renforcées au demeurant par l'article 20 de la loi déferée, elle se verra privée de son droit au séjour.

Aux termes de la disposition contestée, des personnes étrangères ayant acquis, pour certaines de plein droit, un droit au séjour au regard de leurs attaches privées ou familiales en France, pourront, dès lors qu'elles ne parviennent pas à obtenir un titre pérenne, faire l'objet d'un refus de titre de séjour alors même qu'elles continuent de remplir les conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire dont elles étaient titulaires⁴⁴.

À cet égard, les exigences accrues liées à l'intégration fixées pour l'accès à la carte de séjour pluriannuelle résultant de l'article 20 de la loi déferée ne prévoient aucune exception liée à l'âge, à l'état de santé, au handicap ou à la particulière vulnérabilité

⁴⁴ Avis n°23-07.

économique qui pourraient pourtant empêcher les étrangers de suivre les formations requises ou d'acquérir un niveau de français suffisant⁴⁵.

De fait, seront principalement touchées par cette disposition les personnes les plus précaires et les plus vulnérables. Par conséquent, une telle mesure constitue une restriction inadaptée du droit au respect de la vie privée, du droit de mener une vie familiale normale et de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, elle est justifiée par la volonté d'inciter les étrangers qui souhaitent demeurer durablement sur le territoire à se mobiliser davantage dans leur apprentissage du français, de manière à favoriser leur intégration en France. Or, cette mesure va aller à rebours de cet objectif puisqu'elles tendent à conduire à la perte du droit au séjour des personnes concernées au lieu de favoriser leur intégration en prenant en compte leurs besoins spécifiques en matière d'apprentissage du français.

Pour ces raisons, la perte du droit au séjour en cas d'échecs répétés de la personne étrangère dans son parcours d'intégration, introduite par l'article 21 de la loi déferée, constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée, au droit de mener une vie familiale normale et à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sur la déchéance de la nationalité française en raison d'une condamnation à titre définitif pour un acte qualifié d'homicide volontaire commis sur toute personne dépositaire de l'autorité publique (article 24)

Prévue aux articles 25 et 25-1 du code civil, la déchéance de la nationalité française résulte d'un décret pris après avis conforme du Conseil d'État. Elle peut être prononcée à l'égard d'une personne ayant acquis la qualité de Français dans les cas énumérés à l'article 25 du code civil :

- « 1° *S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme* » ;
- « 2° *S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du code pénal* », c'est-à-dire entrant dans la catégorie des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique ;
- « 3° *S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du code du service national* » ;
- « 4° *S'il s'est livré au profit d'un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France* ».

⁴⁵ Avis n°23-02 et 23-07.

En ne se référant qu'à des infractions spécifiques portant atteinte aux intérêts de l'État (Livre IV du code pénal - Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique), à l'espionnage et au code du service militaire, le droit limite ainsi la possibilité de déchoir de la nationalité française à certains comportements particulièrement graves portant tous atteinte aux intérêts essentiels de l'État.

Or, l'article 24 du texte déféré modifie cet objectif de protection de la nation en introduisant comme motif de déchéance la condamnation à un homicide volontaire aggravé, qui, aussi grave soit-il, constitue un crime de droit commun prévu à l'article 221-4 du code pénal et codifié dans le Livre II du code pénal intitulé « *des crimes et délits contre les personnes* ».

Exerçant un contrôle de proportionnalité sous l'angle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel ne pourra que juger que l'introduction d'une sanction de déchéance de la nationalité pour un crime de droit commun, qui ne relève pas d'une atteinte aux intérêts essentiels de la nation, est manifestement disproportionné

Sur la nécessité d'une manifestation de la volonté pour acquérir la nationalité française à sa majorité (article 25)

L'article 25 du texte adopté supprime le principe de l'acquisition automatique de la nationalité française à dix-huit ans, rompant avec la tradition républicaine de garantir un droit à devenir français, pour les enfants étrangers nés en France et ayant leur résidence en France depuis leurs onze ans.

Désormais, l'enfant né en France de parents étrangers pourra acquérir la nationalité française à sa majorité « *à la condition qu'il en manifeste la volonté et* » si, à cette date, « *il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans* ».

Cette disposition ne satisfait pas l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. En effet, les nouvelles dispositions de l'article 21-7 du code civil ne permettent pas de comprendre à quel moment la manifestation de volonté devra être matériellement concrétisée.

Si le législateur entend que la volonté d'acquérir la nationalité française doit impérativement être manifestée avant le jour des dix-huit ans de l'intéressé, le nouvel article 21-7 précité paraît superfétatoire au regard des dispositions de l'article 21-11 du code civil, qui prévoient déjà la possibilité pour un enfant étranger né en France de souscrire une déclaration de nationalité française entre ses 16 et 18 ans à condition qu'il justifie d'une résidence en France d'une durée de cinq années depuis ses onze ans.

Si le législateur a entendu que la manifestation de volonté puisse s'effectuer après le jour des dix-huit ans de l'intéressé, cette possibilité est insuffisamment explicite.

Par conséquent, la rédaction du nouvel article 21-7 du code civil ne respecte pas l'exigence protégée par le Conseil constitutionnel « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution* »⁴⁶.

Sur l'impossibilité pour les enfants nés en France d'acquérir la nationalité française en cas de condamnation définitive pour crime (Article 26)

Désormais, l'enfant né en France de parents étrangers et justifiant d'une résidence en France de 5 ans depuis ses onze ans, ne pourra jamais acquérir la nationalité française s'il a fait l'objet, en tant que mineur, d'une condamnation définitive pour crime.

Sur l'atteinte au droit au respect de la vie privée et à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'impossibilité pour un enfant, né et ayant résidé en France pendant sa minorité, d'acquérir la nationalité française durant toute son existence au motif d'une condamnation pour crime prononcée pendant sa minorité, tend à renier l'ancrage des intérêts privés et familiaux de l'intéressé en France et entrave tout projet d'insertion sur le long terme.

Ce couperet méconnaît l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁷ et porte une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée et famille.

Sur le caractère disproportionné de la sanction

Si le Conseil constitutionnel considère « *qu'eu égard à la nature des infractions concernées ainsi qu'à la nature et à la durée des peines qui doivent avoir été prononcées par la juridiction répressive, l'incapacité [d'acquérir la nationalité française] qu'elles entraînent n'est pas manifestement contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789* »⁴⁸, il rappelle le principe de nécessité et de proportionnalité de la peine.

En prévoyant que le prononcé d'une « *condamnation définitive pour crime* » ferait définitivement et automatiquement obstacle à l'acquisition de la nationalité française pour un enfant né en France, le législateur prive le juge de tout contrôle de proportionnalité de la peine et de nécessité de la peine, méconnaissant l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Une telle mesure porte également atteinte au principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFLR),

⁴⁶ Cons. Const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, cons. 9.

⁴⁷ Cons. Const. 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC.

⁴⁸ Cons. Const. 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, cons. 14.

reposant notamment sur « *la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées* »⁴⁹.

Sur le sursis à la célébration du mariage prononcé par le procureur de la République (article 32)

Sur l'atteinte aux droits de la défense résultant de la création d'une décision implicite de sursis à la célébration du mariage

L'article 32 du texte adopté prévoit qu'en l'absence de décision du procureur de la République intervenue dans le délai de quinze jours, celui-ci est réputé avoir décidé un sursis de deux mois à la célébration du mariage. Est ainsi introduit un régime de décision implicite dans la procédure d'opposition à mariage.

Le procureur de la République pourrait ainsi, sans en informer les futurs époux, surseoir à la célébration du mariage dans l'attente des résultats de l'enquête. Il en résulte que les futurs époux ne seraient pas même informés de l'ouverture d'une enquête, simplement déduite du silence gardé par le procureur de la République pendant plus de quinze jours à compter de sa saisine. Or, les futurs époux ignorent la date de la saisine du procureur de la République. Les futurs époux sont donc placés dans une situation qui ne leur permet pas de préparer leur défense et de démontrer l'existence de leur intention matrimoniale.

En outre, les décisions du procureur de la République, *a fortiori* lorsqu'elles font obstacle à l'exercice d'une liberté personnelle telle que celle du mariage, doivent être motivées. La motivation favorise la compréhension des décisions et prévient les risques d'arbitraire. Elle contribue à la transparence et à la sécurité juridique.

L'introduction d'une décision implicite de sursis à la célébration du mariage et l'ouverture d'une enquête sans information préalable des futurs époux prévues par l'article 32 de la loi déferée portent ainsi atteinte au principe constitutionnel des droits de la défense.

⁴⁹ Cons. Const., 29 août 2002, n°2002-461, cons. 26.

Sur l'atteinte à la liberté de mariage résultant du rallongement de la durée du sursis à la célébration du mariage

Le texte modifie également la durée du sursis prononcé par le procureur de la République, qui ne serait plus d'un mois renouvelable une fois, mais de deux mois renouvelable une fois.

Le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions qui permettent au procureur de la République de décider d'un sursis à la célébration du mariage pour une durée pouvant aller jusqu'à trois mois, sans que sa décision soit assortie d'une voie de recours, méconnaissent le principe de la liberté du mariage⁵⁰. Dans sa décision du 20 novembre 2003, le Conseil constitutionnel a jugé conforme le délai cumulé de deux mois et quinze jours⁵¹.

Par suite, l'allongement de la durée totale du sursis à la célébration du mariage, de deux mois et quinze jours à quatre mois et quinze jours, résultant de l'article 32 de la loi déferée, porte atteinte à la liberté du mariage.

Sur le conditionnement du droit au séjour des jeunes majeurs à l'absence avérée de liens avec la famille dans le pays d'origine (article 33)

L'article 33 de la loi déferée prévoit de restreindre les possibilités d'admission au séjour des jeunes majeurs confiés à l'aide sociale à l'enfance (ASE) ou à un tiers digne de confiance avant l'âge de seize ans prévues par l'article L.423-22 du CESEDA, en substituant au critère de la prise en compte de la nature des liens avec la famille restée dans le pays d'origine celui de « *l'absence avérée de liens* » avec ladite famille. Désormais, l'admission au séjour de plein droit pourra être refusée dès lors qu'il sera établi que le jeune a conservé des liens avec sa famille, quelle que soit la nature de ces liens et y compris s'ils sont profondément tenus ou dégradés.

Sur l'atteinte aux droits au respect de la vie privée, de mener une vie familiale normale et à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale pour les services de l'ASE dans l'accomplissement de leurs missions. Ces dernières, telles que définies par le code de l'action sociale et des familles (CASF) tendent, notamment, à apporter aux mineurs pris en charge un soutien matériel, éducatif et psychologique et à pourvoir à l'ensemble de leurs besoins, en collaboration avec la famille ou le représentant légal⁵². Si les mineurs non accompagnés sont par définition isolés sur le territoire

⁵⁰ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 107.

⁵¹ Cons. Const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, cons. 93.

⁵² Article L. 221-1 du CASF.

français et leur famille dans l'incapacité de pourvoir à leurs besoins fondamentaux, leur intérêt supérieur et le travail éducatif peuvent toutefois commander que des contacts avec la famille soient pris. C'est le cas pour l'accomplissement de certaines démarches, notamment de reconstitution de l'état civil pour lesquelles le soutien de la famille depuis le pays d'origine est souvent nécessaire, mais cela peut l'être aussi afin de réparer le traumatisme lié à l'exil et à l'isolement, et faciliter ainsi leur développement et leur insertion.

Or, en application des dispositions de l'article 33 de la loi déferée, les mineurs concernés seront, en conséquence de simples contacts avec leurs familles, pourtant nécessaires à la sauvegarde de leur intérêt supérieur et à l'accomplissement de démarches exigées par les autorités administratives, exclus de la possibilité d'obtenir un titre de séjour mention « *vie privée et familiale* » de plein droit. Dès lors, le conditionnement du droit au séjour des jeunes majeurs à l'absence avérée de liens avec la famille dans le pays d'origine, résultant de l'article 33 de la loi déferée, constitue une restriction disproportionnée au respect de leur vie privée et du droit de mener une vie familiale normale, interprétés à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sur l'atteinte au principe d'égalité

Ce conditionnement du droit au séjour des jeunes majeurs est également contraire au principe d'égalité car il instaure une différence de traitement non justifiée entre les jeunes majeurs pris en charge par l'ASE avant l'âge de seize ans, pour lesquels la délivrance d'un titre de séjour sera conditionnée à l'absence de liens avérée avec la famille dans le pays d'origine, et ceux pris en charge par l'ASE entre l'âge de seize et dix-huit ans, pour lesquels la nature des liens avec la famille dans le pays d'origine continuera d'être prise en compte⁵³. Ces jeunes majeurs, placés dans une situation semblable du fait de leur minorité et de leur isolement, doivent faire l'objet d'un traitement similaire.

Sur la levée des protections contre l'éloignement (articles 35 et 37)

L'article 35 de la loi déferée prévoit la réduction du champ des protections contre l'expulsion, mesure visant à éloigner un étranger dont il est établi qu'il représente une menace grave pour l'ordre public.

Le CESEDA instaure des catégories de personnes étrangères protégées contre l'expulsion en raison de l'intensité de leurs liens, privés ou familiaux, sur le territoire français. Ces protections sont modulées au regard de la gravité de la menace que représente l'étranger.

⁵³ Article L.435-3 du CESEDA.

En l'état actuel du droit, certaines protections contre l'expulsion peuvent être levées lorsque la personne étrangère a fait l'objet d'une condamnation à une peine d'emprisonnement d'au moins 5 ans ferme, une telle condamnation présument de la gravité de la menace que constitue l'étranger.

L'article 35 revient sur cette logique en prévoyant une levée des protections non plus au regard de la peine prononcée mais de la peine encourue. Désormais, une personne étrangère condamnée – quel que soit le *quantum* de la peine prononcée – pour des faits passibles de 3 ans d'emprisonnement – soit tous les crimes et la quasi-totalité des délits – se trouverait *de facto* exclue des protections légales contre l'expulsion, quand bien même elle justifierait de solides attaches privées ou familiales en France.

L'article 37 de la loi déferée supprime quant à lui la totalité des protections légales prévues contre l'obligation de quitter le territoire français, mesure visant à sanctionner l'absence de droit au séjour, à l'exception de celle prévue pour les mineurs.

Jusqu'à présent, bénéficiaient de ces protections les personnes étrangères justifiant d'attaches particulièrement solides en France, telles que, sous certaines conditions, les parents d'enfants français, les conjoints de Français ou encore les étrangers résidant habituellement en France depuis qu'ils ont atteints au plus l'âge de 13 ans. Ces protections étaient formulées sans réserve d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles s'appliquaient, contrairement à l'expulsion, sans prise en compte de l'éventuelle menace à l'ordre public que la personne étrangère pouvait représenter.

Le texte définitivement adopté remplace ce système de protection générales et objectives par un système entièrement remis à l'appréciation au cas par cas des situations individuelles par l'administration. L'alinéa 2 de l'article prévoit ainsi l'édiction de la mesure d'éloignement « *après vérification du droit au séjour, en tenant notamment 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 et des considérations humanitaires pouvant justifier un tel droit* ».

Ainsi qu'il l'a été relevé de manière détaillée dans les avis au Parlement n°23-02 et 23-07, la levée des protections contre l'éloignement résultant des articles 35 et 37 de la loi déferée suscite un risque d'arbitraire et d'atteintes au droit au respect de la vie privée, au droit de mener une vie familiale normale ou à l'intérêt supérieur de l'enfant. En bouleversant l'équilibre actuellement ménagé par la loi entre, d'une part, l'objectif de préservation de l'ordre public, et d'autre part, les obligations constitutionnelles qui incombent à la France en matière de protection des droits fondamentaux, ces mesures sont de nature à engendrer, entre les droits fondamentaux constitutionnellement garantis que sont le droit de mener une vie familiale normale, le respect de la vie privée, et l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part, et la sauvegarde de l'ordre public d'autre part, une conciliation manifestement déséquilibrée.

Sur la prise d'empreintes sous contrainte concernant les « étrangers manifestement âgés d'au moins 18 ans » aux frontières extérieures et sur le territoire dans le cadre d'une vérification du droit au séjour (article 38)

Le texte adopté prévoit en son article 38 le recours à la contrainte, après information au procureur de la République, pour le relevé signalétique d'une personne étrangère contrôlée à l'occasion du franchissement d'une frontière extérieure et lors de vérification du droit au séjour et de circulation sur le territoire.

Il résulte des articles 2, 4 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 le principe selon lequel la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire⁵⁴. À ce titre, il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif à valeur constitutionnelle poursuivi et l'exercice de la liberté constitutionnellement garantie⁵⁵.

Or, la prise d'empreinte sous contrainte permise par la disposition adoptée constitue une atteinte à cette liberté et aux articles précités, en ce qu'elle n'est pas assortie des garanties suffisantes et apparaît en conséquence disproportionnée.

La possibilité de recourir à la contrainte pour le relevé signalétique, dans le cadre d'une procédure pénale, a été introduite en 2022⁵⁶. Le Conseil constitutionnel a, à cette occasion, souligné que la mesure poursuivait l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infraction⁵⁷. Ce ne sera le cas ici que sous réserve de la constitutionnalité de l'article 17 du texte adopté prévoyant le rétablissement du délit de séjour irrégulier et uniquement pour les vérifications du droit au séjour et de circulation sur le territoire. À défaut, le recours à la contrainte interviendra ici hors de tout cadre pénal.

En outre, contrairement aux garanties prévues dans le cadre pénal, soulignées par le Conseil constitutionnel⁵⁸, prévoyant que le recours à la contrainte n'est possible qu'après demande spécialement motivée de l'officier de police judiciaire et autorisation écrite du procureur de la République, et réservant ce recours aux faits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement, lorsque ces opérations constituent l'unique moyen d'identifier la personne, la rédaction de l'article adopté n'apporte pas de garanties similaires. En effet, seule une information au procureur de la République est exigée, et le délit de séjour irrégulier, sous réserve de sa constitutionnalité, n'est puni d'aucune peine d'emprisonnement.

L'insuffisance des garanties encadrant ce recours à la contrainte est d'autant plus caractérisée concernant les contrôles réalisés aux frontières extérieures puisqu'il s'agit

⁵⁴ Cons. Const., 10 février 2023, n°2022-1034 QPC, cons. 16.

⁵⁵ Cons. Const., 13 mars 2003, n°2003-467.

⁵⁶ Article 55-1 du code de procédure pénale.

⁵⁷ Cons. Const., 10 février 2023, n°2022-1034 QPC, cons. 20

⁵⁸ *Ibid.*

de contrôlés réalisés en dehors de tout champ pénal et dans un cadre purement administratif, où la présence de l'avocat n'est pas prévue.

Le texte adopté porte également atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.⁵⁹ Le Conseil constitutionnel a rappelé qu'elle impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge et que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu soient entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures⁶⁰. Dans le cadre du contrôle du respect de cette exigence constitutionnelle, le Conseil constitutionnel examine si les procédures mises en place par le législateur ont pour effet ou objet « *de modifier les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu et aux protections attachées à la qualité de mineur* »⁶¹.

S'agissant des mineurs non accompagnés, le recours aux fichiers AGDREF 2 ou VISABIO dans le cadre du processus de détermination de minorité est strictement encadré.⁶² En particulier, le mineur peut refuser de se soumettre au relevé d'empreintes et la majorité d'un individu ne saurait être déduite ni de son refus opposé au recueil de ses empreintes ni de la seule constatation qu'il est déjà enregistré dans ces fichiers.⁶³ Par ailleurs, le délit de séjour irrégulier prévu par l'article 17 de la loi adopté précise qu'il ne s'applique pas aux mineurs.

Le texte adopté précise que le recours à la contrainte ne peut concerner « *qu'un étranger manifestement âgé d'au moins dix-huit ans* » et « *est strictement proportionné et tient compte de la vulnérabilité de la personne* ». Or, le texte ne précise pas la notion de « *majorité manifeste* ».

L'imprécision de ces dispositions ne permet pas de garantir que des personnes mineures ne se verront pas indûment considérées majeures, et en conséquence exclue du régime adapté à leur âge, plus protecteur. Cette imprécision porte également atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Sur la création d'un fichier spécifique aux mineurs non accompagnés (article 39)

L'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge.⁶⁴ Dans le cadre du contrôle du respect de cette exigence constitutionnelle, le Conseil constitutionnel examine si les procédures mises en place

⁵⁹ Cons. Const., 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC, *Unicef et autres*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, cons. 7.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, cons. 3.

⁶⁴ Cons. Const., 21 mars 2019, n°2018-768 QPC ; Cons. Const. 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC

par le législateur ont pour effet ou objet « *de modifier les [...] protections attachées à la qualité de mineur* »⁶⁵ .

La justice des mineurs fait également l'objet d'une protection constitutionnelle au titre d'un PFRLR reposant sur deux principes, « *l'atténuation de la responsabilité pénale en fonction de leur âge* » et « *la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées* »⁶⁶.

L'application de ce principe fondamental conduit le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle, « *à recourir à une pluralité de critères pour examiner la constitutionnalité d'un dispositif : l'âge, la gravité des faits, l'existence de garanties spécifiques entourant la mesure* », ainsi que l'existence d'antécédents.

Au regard du droit au respect de la vie privée, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adaptée et proportionnée à cet objectif⁶⁷.

S'agissant de la disposition contestée, le motif d'intérêt général justifiant la création du fichier créé par les dispositions concernées n'est, en premier lieu, pas identifié.

En effet, il est précisé que le fichier est prévu « *afin de faciliter l'identification* » des mineurs concernés, sans indiquer le cadre dans lequel aurait lieu l'identification évoquée, ni l'autorité compétente pour administrer et consulter ce fichier, ni les finalités de celui-ci. Or, l'inscription des personnes mises en cause, même mineures, est déjà prévue au sein du « *Traitement des antécédents judiciaires* » (TAJ), qui comporte également un relevé des empreintes et une photographie, et du Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED). Ainsi la disposition envisagée n'est pas nécessaire à l'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs des infractions⁶⁸. S'agissant d'un éventuel objectif de lutte contre l'immigration irrégulière qui serait poursuivi, il est d'ores et déjà assuré par le fichier d'appui à l'évaluation de la minorité (AEM).

En second lieu, les modalités de mise en œuvre du fichier n'apparaissent ni adaptées, ni proportionnées, et se caractérisent également par leur imprécision. Ce relevé est prévu hors de toute condamnation pénale, dans un cadre et selon un champ d'application nullement définis, et pourra intervenir très largement, indépendamment

⁶⁵ *Ibid.*, cons. 7.

⁶⁶ Cons. Const., 29 août 2002, n°2002-461, cons. 26.

⁶⁷ Cons. Const., 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC, cons 4.

⁶⁸ Cons. Const., 10 février 2023, n°2022-1034 QPC.

de l'âge de la personne concernée, de la gravité de l'infraction pénale considérée⁶⁹, voire de l'implication directe du mineur dans une infraction pénale. Les garanties concernant la durée de conservation des données sont, elles aussi, particulièrement imprécises et les autorités habilitées à consulter ce fichier ne sont, quant à elles, pas précisées. Les dispositions telles que formulées ne garantissent ni l'absence de croisement des données issues de ce nouveau traitement avec d'autres, ni l'absence de consultation par les autorités préfectorales, notamment dans le cadre de la procédure de détermination de minorité, ce sans aucune considération des droits et de l'intérêt supérieur des mineurs. Le niveau d'imprécision du texte ne permet pas, en outre, de répondre à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Par ailleurs, ces dispositions visent expressément les seuls mineurs non accompagnés sans que soient précisées les raisons d'intérêt général venant justifier une telle atteinte au principe d'égalité⁷⁰.

Il convient enfin de noter que ce relevé pourra intervenir sous la contrainte, par renvoi aux articles L. 413-16 et L. 413-17 du code de la justice pénale des mineurs, ce qui rend d'autant plus impératif que l'existence de ce fichier poursuive un objectif à valeur constitutionnelle⁷¹, ce qui n'est pas le cas.

Sur la rétention administrative des demandeurs d'asile (article 41)

L'article 41 de la loi déferée, ajoutant au sein du livre V du CESEDA un chapitre dédié à l'assignation à résidence et au placement en rétention du demandeur d'asile, opère un détournement inédit de la mesure de rétention administrative de nature à porter gravement atteinte à la liberté individuelle ainsi qu'au droit d'asile.

Actuellement, la loi ne prévoit une qu'une seule possibilité de recours à la mesure de rétention administrative sans mesure d'éloignement, pour le cas des demandeurs d'asile placés en procédure Dublin (*infra*).

Par ailleurs, il existe, pour les étrangers placés en rétention administrative dans le cadre de l'exécution d'une mesure d'éloignement, une procédure d'asile en rétention : la demande d'asile présentée en rétention est examinée dans un délai de 96h par l'OFPRA et le recours devant la Cour nationale du droit d'asile n'est pas suspensif.

Or, désormais, l'autorité administrative pourra, en premier lieu, 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

⁶⁹ Le fichier créé dépasse ainsi notamment le cadre de la garde à vue, laquelle ne peut intervenir que dans le cas d'infraction punie par une peine d'emprisonnement, voire une peine devant être égale ou supérieure à cinq ans pour les moins de seize ans.

⁷⁰ Cons. Const., 9 avril 1996, n°1996-375 DC.

⁷¹ Cons. Const., 10 février 2023, n°2022-1034 QPC.

menace à l'ordre public, cela indépendamment de toute mesure d'éloignement prise à son encontre et de toute considération du risque de fuite qu'il représente.

En second lieu, l'assignation à résidence ou la rétention des demandeurs d'asile sera possible dans les cas où la demande d'asile est introduite auprès d'une autorité administrative incompétente, le temps « *de déterminer les éléments sur lesquels se fonde [la] demande d'asile* ». Dans ce cas, le recours à la rétention ne pourra intervenir que si le demandeur d'asile représente un risque de fuite.

À titre liminaire, le Conseil constitutionnel admet que le droit d'asile, constitutionnellement garanti, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer sur le territoire pendant tout l'examen de sa demande⁷².

En ce qui concerne la rétention administrative des étrangers, celle-ci doit toujours être envisagée au prisme d'une appréciation de l'atteinte qu'elle porte au respect de la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution⁷³. Ainsi, si le principe du placement en rétention des étrangers n'est pas, en soi, contraire à la Constitution, l'atteinte à la liberté individuelle doit néanmoins être adaptée, nécessaire et proportionnée au regard de l'objectif visant à prévenir les atteintes à l'ordre public.

À cet égard, le Conseil constitutionnel considère que « *la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement [...] participe de la sauvegarde de l'ordre public* »⁷⁴. Dans ce cadre, la rétention administrative des étrangers n'est jusqu'à présent admise que :

- Dans les cas pour lesquels il existe une perspective raisonnable d'éloignement⁷⁵, y compris pour les demandeurs d'asile en procédure Dublin. En effet, si le Conseil constitutionnel a admis, en 2018, le principe du placement en rétention des demandeurs d'asile en procédure Dublin avant même la notification d'une décision de transfert, c'est dans la mesure où ce placement « *intervient à un stade de la procédure 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* »⁷⁶. Aussi, c'est bien à l'aune de cette perspective raisonnable d'éloignement que le Conseil a statué ;
- Et pour la durée strictement nécessaire à la mise en œuvre de la mesure d'éloignement⁷⁷. À ce titre, la loi reprend en son article L.741-3 du CESEDA cette exigence : « *L'étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que*

⁷² Cons. Const., 13 août 1993, n°93-325, cons. 84.

⁷³ Cons. Const., 9 juin 2011, n°2011-631 DC, cons. 66.

⁷⁴ Cons. Const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, cons. 57.

⁷⁵ *Ibid.*, cons. 66.

⁷⁶ Cons. Const., 15 mars 2018, n°2018-762 DC, cons. 12.

⁷⁷ Cons. Const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, cons. 66.

pour le temps strictement nécessaire à son départ. L'administration exerce toute diligence à cet effet ».

C'est dans ces conditions strictes que la rétention administrative des étrangers apparaît compatible avec le respect de la liberté individuelle protégée par l'article 66 de la Constitution.

Or, les nouveaux cas de placement en rétention des demandeurs d'asile prévus par l'article 41 de la loi déferée outrepassent ce cadre. Désormais, des placements en rétention pourront être autorisés sans être justifiés par la mise en œuvre d'une mesure d'éloignement ou de transfert, et donc limités au temps strictement nécessaire à la mise en œuvre d'une telle mesure.

À cet égard, il est à noter que la disposition déferée ne précise pas les éléments au regard desquels le juge judiciaire pourrait exercer son contrôle de la mesure privative de liberté, à défaut de pouvoir évaluer la nécessité du maintien de la mesure au regard des diligences accomplies par l'administration en vue d'organiser l'éloignement des personnes concernées.

Sur l'atteinte à la liberté individuelle résultant de la rétention des demandeurs d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public

Le droit français prévoit trois cas de placement en rétention pendant la demande d'asile pour des motifs d'ordre public, quand les demandeurs font l'objet :

- D'une décision d'expulsion ;
- D'une peine d'interdiction du territoire français ;
- D'une interdiction administrative de territoire.

L'article L.753-2 du CESEDA précise que *« la décision de placement en rétention ne peut être édictée que 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. Elle prend en compte la vulnérabilité du demandeur ».*

À cet égard, la disposition déferée franchit un pas notable en prévoyant la possibilité de recourir à cette mesure y compris lorsque le demandeur d'asile n'est pas visé par une mesure d'éloignement et indépendamment de toute appréciation du risque de fuite. Ainsi, pourront désormais être placés en rétention, sans que cette mesure ne soit associée à une mesure d'éloignement, les demandeurs d'asile *« dont le comportement porte atteinte à l'ordre public »*, lorsque la mesure d'assignation à résidence apparaîtra *« insuffisante »* et *« sur la base d'une appréciation au cas par cas »*.

Alors que le Conseil constitutionnel admet que la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement participe à la sauvegarde de l'ordre public, la rétention administrative autorisée par la disposition déferée ne saurait pourtant être rattachée à

un tel objectif puisque cette privation de liberté interviendra indépendamment de toute mesure d'éloignement.

Dès lors, deux hypothèses sont à envisager.

Soit la disposition déferée vise à permettre le recours à la mesure de rétention administrative non plus dans le but de garantir l'exécution d'une mesure d'éloignement mais simplement de gérer une menace à l'ordre public. Dans ce cas, le détournement de la mesure de rétention ainsi opéré serait de nature à porter gravement atteinte à la liberté individuelle des demandeurs d'asile.

Soit la disposition déferée vise à permettre, par le truchement de la mesure de rétention administrative, un examen accéléré – opéré dans les délais de la procédure d'asile en rétention – des demandes d'asiles formulées par des personnes représentant une menace à l'ordre public. Là encore, la procédure de rétention serait détournée de son objet. Envisagée indépendamment de toute perspective raisonnable d'éloignement, elle contreviendrait à l'article 66 de la Constitution.

En outre, l'atteinte s'avèrerait non nécessaire puisqu'il existe déjà une possibilité d'examiner de façon accélérée les demandes d'asile présentées par des personnes représentant une menace grave pour l'ordre public⁷⁸.

Enfin, il serait porté atteinte aux principes d'égalité ainsi que d'intelligibilité de la loi dès lors que les demandeurs d'asile représentant une « *menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État* » pourraient, en application de la procédure accélérée actuellement prévue par la loi, bénéficier d'un régime moins coercitif et plus favorable au droit d'asile, tandis que les demandeurs d'asile représentant une menace simple, en application de la disposition déferée, seraient privés de liberté et verraient leur demande d'asile examinée selon la procédure de l'asile en rétention, moins favorable que la procédure accélérée⁷⁹.

Dans tous les cas, la rédaction de la disposition déferée, par son imprécision, porte atteinte au principe d'intelligibilité de la loi et expose par conséquent les demandeurs à un risque d'enfermement arbitraire fondé sur une appréciation laissée à l'autorité administrative.

En effet, l'encadrement de la mesure est très inférieur à celui prévu par l'article L.753-2 du CESEDA : ici, la rétention pourrait advenir sur la base d'une simple menace à l'ordre public, et non plus sur la base d'une menace caractérisée au regard de raisons impérieuses de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale, et au terme

⁷⁸ Article L.531-27 5° du CESEDA.

⁷⁹ Examen de la demande d'asile en 15 jours dans le cadre de la procédure accélérée, et 96h dans le cadre de la procédure d'asile en rétention.

d'une « *appréciation au cas par cas* » admise sans autre précision et notamment sans mention expresse du risque de fuite ou de la vulnérabilité du demandeur.

Pour ces raisons, la possibilité de retenir des demandeurs d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public, indépendamment de toute mesure d'éloignement dont ils feraient l'objet, opère un détournement de l'objet de la procédure de rétention administrative de nature à porter atteinte à la liberté individuelle.

Sur l'atteinte à la liberté individuelle, à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de loi et au principe d'égalité résultant de la rétention des demandeurs d'asile présentant leur demande à une autorité incompétente

Le deuxième cas d'assignation à résidence et de rétention sans mesure d'éloignement prévu par l'article 41 de la loi déferée est celui des demandeurs d'asile introduisant leur demande auprès d'une autorité autre que celle mentionnée à l'article L.521-1 du CESEDA, c'est-à-dire auprès d'une autorité non compétente pour procéder à l'enregistrement de la demande.

Dans ce cas, le demandeur pourra être assigné à résidence ou placé en rétention « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile* ». La rétention ne pourra intervenir que si le demandeur représente un risque de fuite, tel que défini par la loi déferée aux termes d'un nouvel article L.523-2 du CESEDA.

En premier lieu, la mesure déferée est de nature à porter atteinte à la liberté individuelle dans la même mesure que la mesure discutée précédemment, dès lors qu'elle permet une privation de liberté sous le régime de la rétention administrative alors qu'elle n'a pas pour objet de garantir l'exécution d'une mesure d'éloignement. En outre, elle n'est justifiée par aucune autre considération d'ordre public puisque dans ce cadre, les placements en rétention pourraient intervenir indépendamment de toute menace à l'ordre public.

En second lieu, selon la loi déferée, le risque de fuite encadrant le placement en rétention pourra être caractérisé dans l'ensemble des cas suivants :

- La demande d'asile correspond à une demande d'asile tardive ;
- Le demandeur a déjà été débouté de sa demande d'asile en France ou un autre État membre ;
- Le demandeur a renoncé implicitement ou explicitement à sa demande d'asile dans un autre État membre sans motif légitime ;
- Le demandeur a explicitement déclaré son intention de ne pas se conformer à la procédure d'éloignement en cas de rejet de sa demande d'asile ;
- Le demandeur s'est déjà soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;

- L'étranger est entré irrégulièrement sur le territoire de l'un des États avec lesquels s'applique l'acquis de Schengen, fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire prise par l'un de ces États ;
- L'étranger entré irrégulièrement sur le territoire Schengen s'est maintenu sur le territoire d'un de ces États sans justifier d'un droit de séjour ou sans y avoir déposé sa demande d'asile dans les délais les plus brefs ;
- Le demandeur ne se présente pas aux convocations de l'autorité administrative, ne répond pas aux demandes d'information et ne se rend pas aux entretiens prévus dans le cadre de la procédure prévue au titre III sans motif légitime.

Au regard de ces éléments, une très large majorité des demandeurs d'asile pourraient correspondre à l'un de ces cas. En effet, il semble que ces cas ne soient pas tant définis au regard d'éléments favorisant effectivement le risque de fuite – tels que par exemple l'absence de garanties de représentation ou d'attaches sur le territoire – que des situations observées par les autorités recevant régulièrement des demandes d'asile sans avoir compétence pour les enregistrer. Ainsi, la définition du risque de fuite adoptée par le législateur semble avoir vocation à couvrir l'ensemble de ces situations, indépendamment de la réalité du risque de fuite.

Cette définition élargie du risque de fuite apparaît méconnaître l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, exposant les demandeurs d'asile à un risque de privations de liberté arbitraires.

Par ailleurs, dans la plupart des cas assimilés à un risque de fuite par la réforme issue de l'article 41 de la loi déferée – et permettant donc un placement en rétention avant même l'enregistrement de la demande d'asile – la loi prévoit déjà un régime spécifique d'examen de la demande d'asile, soit au titre de la procédure accélérée, soit de la procédure Dublin.

Le chevauchement des régimes qui en résulte, en plus d'interroger sur la nécessité de la mesure, apparaît de nature à porter atteinte à l'égalité devant la loi des demandeurs d'asile qui, se trouvant pourtant dans des situations analogues, se verront appliquer des régimes différents suivant qu'ils ont ou non pu présenter leur demande à l'autorité compétente.

En effet, l'article 41 prévoit que pour les demandeurs d'asile assignés à résidence ou placés en rétention au motif qu'ils n'auraient pas présenté leur demande à l'autorité compétente, la demande d'asile sera examinée sous le régime de la procédure accélérée prévue au 3° de l'article L.531-24 du CESEDA, lequel renvoie vers les dispositions relatives à la procédure d'asile en rétention, impliquant un examen de la demande par l'OFPRA en 96h.

La disposition déferée apparaît donc méconnaître le principe d'égalité.

Il résulte de tout ce qui précède que les privations de liberté autorisées par l'article 41 de la loi déferée, dans le cadre de la rétention administrative et pourtant sans lien avec

l'objet de cette mesure, apparaissent de nature à porter gravement atteinte à la liberté individuelle des demandeurs d'asile, ainsi qu'au droit d'asile.

Sur l'exclusion des jeunes faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français du champ d'application de l'article L. 222-5 du code de l'action sociale et des familles (article 44)

La disposition adoptée exclut les jeunes majeurs faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français du bénéfice de l'aide sociale obligatoire⁸⁰ prévue pour les jeunes majeurs âgés de moins de vingt-et-un ans ayant fait l'objet d'une prise en charge durant leur minorité. Dans son avis n°23-07, la Défenseure des droits a déjà alerté sur le net recul que marque cette exclusion dans la prise en charge des mineurs et jeunes majeurs étrangers⁸¹.

Cette disposition porte atteinte au principe d'égalité sans que la différence de traitement qui en résulte ne soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit⁸². Elle va même à l'encontre de l'objet même de la prestation d'aide sociale à l'enfance garantie aux jeunes majeurs concernés, indépendamment de leur nationalité étrangère et de la régularité de leur séjour⁸³.

En effet, les missions du service de l'aide sociale à l'enfance se définissent par le soutien matériel, éducatif et psychologique apporté aux mineurs et jeunes majeurs face à des difficultés familiales, sociales et éducatives susceptibles de compromettre gravement leur équilibre⁸⁴. Il implique de veiller à la stabilité du parcours de l'enfant confié et à l'adaptation de son statut sur le long terme.⁸⁵ L'accompagnement des jeunes majeurs étrangers est sur ce point crucial, s'agissant d'un public particulièrement vulnérable, et s'inscrit dans la continuité du travail initié dès la minorité. A cet égard, l'accompagnement dans la reconstitution de leur état civil, dans les démarches d'accès au séjour et d'éventuelle contestation d'une obligation de quitter le territoire français devant les juridictions compétentes, font partie intégrante des obligations incombant aux départements prenant en charge ces jeunes durant leur minorité, et comme jeunes majeurs.

Le juge des référés du Conseil d'État a ainsi considéré que le droit à une prise en charge au titre de l'aide sociale à l'enfance du jeune majeur qui remplit les conditions de l'article L. 222-5 du code de l'action sociale et des familles (CASF) constitue une liberté fondamentale et ce même en présence d'une obligation de quitter le territoire

⁸⁰ Décision n°2018-300.

⁸¹ Avis n°23-07.

⁸² Cons. Const., 9 avril 2015, n° 2015-463 QPC.

⁸³ Article L. 111-2 du CASF.

⁸⁴ Article L. 221-1, 1° du CASF.

⁸⁵ *Ibid*, 7°.

français⁸⁶, soulignant ainsi l'objet de la loi qui est d'assurer une prise en charge globale des besoins essentiels du jeune majeur, indépendamment de son statut administratif.

Dans cette ordonnance, le Conseil d'État souligne également le lien intangible entre l'accompagnement et le travail instauré durant la minorité et l'accompagnement du jeune majeur⁸⁷, révélé par les dispositions de l'article L. 222-5-1 du CASF.

Mettant ainsi en péril, de façon non justifiée par l'objet de la loi, l'accompagnement initié par les services de l'aide sociale à l'enfance durant la minorité du jeune majeur concerné, la disposition adoptée porte atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En outre, en privant les jeunes majeurs concernés de cette prise en charge globale des besoins essentiels, qui incluent l'accès à des conditions de vie dignes, la disposition adoptée entraîne également une violation du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation, dont résulte le droit pour toute personne à disposer d'un logement décent⁸⁸.

Enfin, la disposition adoptée méconnaît le droit au recours effectif, garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789⁸⁹ dès lors qu'il ne précise pas que l'exclusion ne peut intervenir qu'après épuisement des voies de recours existantes contre l'obligation de quitter le territoire français. L'effectivité de l'exercice de ce droit par des jeunes majeurs qui, par définition, ne bénéficient pas de ressources ou de soutien familial suffisants⁹⁰, implique par ailleurs un maintien de leur accompagnement par les services de l'ASE en vue de l'accomplissement des démarches utiles à un recours.

Sur les refus et retraits de titres fondés sur le non-respect des principes de la République (article 46, alinéa 1^{er})

L'alinéa 1^{er} de l'article 46 de la loi déferée prévoit la création d'un « *contrat d'engagement au respect des principes de la République* ». Les principes que l'étranger doit s'engager à respecter sont ainsi énumérés : « *la liberté personnelle, la liberté d'expression et de conscience, l'égalité entre les femmes et les hommes, la dignité de la personne humaine, la devise et les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution, l'intégrité territoriale, définie par les frontières nationales* ». L'étranger s'engage aussi « *à ne pas se prévaloir de ses croyances ou de ses convictions pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les services publics et les particuliers* ». Le texte subordonne la délivrance et le

⁸⁶ CE, ord., 12 décembre 2022, n°469133, §11.

⁸⁷ CE, ord., 12 décembre 2022, n°469133, §7.

⁸⁸ Cons. Const. ; 19 janvier 1995, n°94-359 DC, cons. 6 et 7.

⁸⁹ Cons. Const., 9 avril 1996, n°96-373 DC ; Cons. Const., 18 février 2022, n°2021-972 QPC.

⁹⁰ Article L. 222-5,5° du CASF.

renouvellement de tout document de séjour au respect de ces principes, et prévoit leur retrait en cas de manquement à l'engagement souscrit.

Ce régime de refus et de retraits de titres fondés sur le non-respect des principes de la République est contraire à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que ne répondait pas à cet objectif une disposition prévoyant que la délivrance ou le renouvellement de tout titre de séjour pouvait être refusé à un étranger s'il était établi qu'il avait manifesté un rejet des principes de la République, sans autre précision et ne précisant pas le comportement justifiant une telle décision⁹¹.

Si, en l'espèce, les principes que l'étranger doit s'engager à respecter ont été limitativement énumérés par la loi, l'étendue des obligations prévues ne saurait être considérée comme précisément définie.

Ainsi, parmi les principes cités par l'article 46, alinéa 1^{er}, le principe de « *dignité de la personne humaine* » est une notion polysémique dont les contours sont difficiles à déterminer. Le Conseil d'État a estimé que le principe de sauvegarde de dignité de la personne humaine peut « *poser de très délicates questions d'appréciation* », s'agissant d'un principe revêtant d'une « *dimension morale qui peut faire l'objet d'interprétations antagonistes* »⁹². L'engagement à respecter ce principe ne permet pas d'identifier précisément les obligations pesant sur les étrangers.

Par ailleurs, les éléments ajoutés dans le texte définitivement adopté pour circonscrire le champ du manquement, et notamment l'obligation de caractériser un trouble à l'ordre public, ne suffisent pas à lever les ambiguïtés sur ce point. En effet, l'adoption de dispositions spécifiques, s'ajoutant à la réserve d'ordre public d'ores et déjà prévue par la loi, laisse penser que le trouble à l'ordre public envisagé dans ce cadre pourrait ne pas coïncider avec celui envisagé dans le cadre de la réserve générale d'ordre public, et donc recouvrir des hypothèses plus larges – sans quoi l'adoption de nouvelles dispositions serait superfétatoire. Or, ces hypothèses ne sont pas définies.

Ce manque de clarté confère ainsi un pouvoir d'appréciation trop important à l'autorité administrative pour refuser ou retirer le document de séjour. Le risque d'atteintes à des droits et libertés constitutionnellement garantis tels que le droit de mener une vie familiale normale, le respect de la vie privée, l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que la liberté de communication, apparaît ainsi majeur.

⁹¹ Cons. Const., 13 août 2021, n° 2021-823 DC, cons. 54.

⁹² CE avis 3 décembre 2020 sur le projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République, n° 401549.

Sur la généralisation de la réserve d'ordre public en matière de séjour (article 46, alinéa 3)

L'alinéa 3 de l'article 46 de la loi déferée prévoit de généraliser la réserve d'ordre public existante en matière de séjour en autorisant le refus de renouvellement ou le retrait de la carte de résident lorsque la présence du titulaire constitue une menace grave pour l'ordre public.

En l'état actuel du droit, cette possibilité existe uniquement s'agissant de la carte de séjour temporaire et de la carte de séjour pluriannuelle dès lors que le comportement de son titulaire représente une menace simple pour l'ordre public.

Saisi dans le cadre de l'adoption de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, le Conseil constitutionnel avait censuré une telle mesure relativement à la carte de résident, estimant qu'elle était de nature à porter atteinte à la liberté individuelle des intéressés et à méconnaître leur droit au respect à la vie privée et familiale, au regard de l'intensité des liens noués dans leur pays d'accueil⁹³.

Des risques similaires d'atteintes aux droits fondamentaux résultent des dispositions contestées au regard des attaches privées ou familiales avec la France des personnes concernées, d'autant que les garanties qui les entourent sont faibles.

Ainsi, la saisine de la commission du titre de séjour en application de l'article L.432-13 du CESEDA n'a pas été prévue en la matière. En outre, l'étranger dont la carte de résident est retirée – ou son renouvellement refusé – mais qui s'avère protégé contre l'expulsion en vertu des dispositions des articles L.631-2 ou L.631-3 du CESEDA, se voit uniquement délivrer une autorisation provisoire de séjour, précaire et dont le renouvellement n'est pas garanti.

L'alinéa 3 de l'article 46 constitue ainsi une restriction particulièrement importante des droits au respect de la vie privée et de mener une vie familiale normale des personnes concernées, restriction non-nécessaire au regard de l'objectif de préservation de l'ordre public. En effet, l'administration dispose déjà de la faculté de refuser le renouvellement de la carte de résident ou de procéder à son retrait en engageant une procédure d'expulsion, laquelle est entourée de garanties procédurales spécifiques visant à tenir compte de l'ingérence nécessairement forte portée au droit de mener une vie familiale normale des concernés ou au respect de leur vie privée, parmi lesquelles, l'obligation de consultation de la commission d'expulsion qui rend, en formation collégiale, un avis sur l'expulsion envisagée.

⁹³ Cons. Const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC.

Pour ces raisons, l'alinéa 3 de l'article 46 de la loi déferée, en tant qu'il généralise la réserve d'ordre public en matière de carte de résident, constitue une atteinte aux droits au respect de la vie privée et de mener une vie familiale normale.

Sur les refus de délivrance d'un visa de long séjour aux ressortissants de pays non coopératif en matière de réadmission (article 47)

L'article 47 de la loi déferée prévoit la possibilité, pour les autorités consulaires et diplomatiques, de refuser la délivrance d'un visa de long séjour, excepté aux conjoints de ressortissants français, dans le cas où le pays d'origine du demandeur serait insuffisamment coopératif en matière de réadmission de ses ressortissants en situation irrégulière ou ne respecterait pas un accord de gestion des flux migratoires.

Compte tenu de la réserve aménagée au seul bénéfice des conjoints de Français, les autorités françaises pourraient ainsi refuser, pour le motif cité, des visas de long séjour sollicités au titre du regroupement familial, de la réunification familiale ou de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il en résulterait des restrictions inédites au droit des étrangers régulièrement établis sur le territoire de mener une vie familiale normale, dont le droit d'être rejoint par les membres de sa famille est une composante, de même qu'à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ces restrictions ne sont ni adaptées ni nécessaires au regard de l'objectif poursuivi par le législateur d'amélioration de la coopération des États tiers avec la France en matière de réadmission. Outre le fait qu'il n'est pas certain que cet objectif soit atteint du fait de ces mesures de rétorsions, qui pèsent exclusivement sur les ressortissants de ces États tiers, des mesures de nature diplomatiques, et non législatives, seraient plus efficaces et moins attentatoires aux droits et libertés des étrangers garantis par la Constitution.

Sur la création de pôles territoriaux « *France Asile* » (Article 62)

L'article 62 de la loi déferée réforme les modalités d'introduction des demandes d'asile en créant des pôles territoriaux « *France Asile* ».

Si l'intention de rapprocher les demandeurs d'asile des institutions chargées de l'examen de leurs demandes à travers la création de pôles territoriaux apparaît comme un objectif légitime au regard des exigences précitées, la régionalisation opérée par la loi déferée s'accompagne toutefois de modifications importantes de la procédure d'enregistrement qui portent atteinte au droit d'asile en le privant de garanties légales suffisantes.

Ainsi, l'alinéa 9 de l'article 62 de la loi supprime le délai d'introduction de la demande d'asile.

Jusqu'à présent, les demandeurs d'asile disposent, à compter de leur enregistrement au guichet unique (GUDA) en préfecture, d'un délai de 21 jours pour transmettre leur dossier introductif de la demande d'asile à l'OFPPRA. Désormais, ils rempliront directement le formulaire introductif de la demande d'asile avec les personnels de l'OFPPRA présents au sein des pôles territoriaux. Ainsi, les deux étapes, enregistrement au GUDA et introduction de la demande d'asile, ne seront plus distinguées et seront effectuées en même temps lors du passage au pôle territorial.

Or, le délai de 21 jours participe à la présentation sereine des motifs de la demande d'asile. Il permet aux demandeurs d'asile d'obtenir des conseils auprès de l'association gestionnaire de la structure de premier accueil des demandeurs d'asile, de poser à l'écrit les motifs de leur demande d'asile et de faire traduire leur récit.

Dès lors, la suppression du délai de 21 jours pourrait nuire à la qualité des demandes et entraver le droit des demandeurs d'asile à bénéficier d'une procédure leur permettant de faire effectivement et utilement valoir leurs arguments.

À cet égard, la loi prévoit que les demandeurs d'asile pourront compléter la demande ainsi déposée au moment de l'enregistrement de tout pièce utile, jusqu'à l'entretien personnel avec l'OFPPRA qui ne pourra intervenir avant un délai de 21 jours.

Or, ce délai n'est pas garanti pour tous les demandeurs d'asile : la convocation pourra ainsi intervenir avant ce délai si l'OFPPRA envisage de prendre une décision d'irrecevabilité en application du concept de premier pays d'asile ainsi que pour les demandeurs en procédure accélérée.

Il pourrait en résulter une atteinte disproportionnée au droit d'asile protégé au titre de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 disposant que « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* » tandis que « *certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, notamment par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le protocole signé à New York le 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés* »⁹⁴. En effet, en raison de ces dispositions, des demandeurs d'asile risquent de ne pas être mesure de faire effectivement et utilement valoir leurs arguments et pourraient ainsi être privés d'une protection internationale qu'ils seraient pourtant fondés à recevoir.

Sur l'irrecevabilité de la demande d'asile en cas de protection équivalente dans un État tiers (article 62)

L'article 62 de la loi déferée introduit dans le droit français un nouveau cas d'irrecevabilité de la demande d'asile, dans l'hypothèse où « *le demandeur bénéficie*

⁹⁴ Cons. Const., 4 décembre 2003, n°2003-485 DC, cons. 2.

dans un État tiers [...] d'une protection équivalente [au statut de réfugié], notamment en ce qui concerne le respect du principe de non-refoulement, à la condition [...], que la protection soit effective et que le demandeur soit effectivement réadmissible dans cet État tiers ».

Les garanties qui entourent l'introduction de ce dispositif apparaissent en l'état insuffisantes.

D'abord, la notion de « *protection équivalente* » n'est pas précisément définie, ce qui pourrait conduire à une application très large, d'autant que la loi déférée prévoit que la demande d'asile doit être regardée comme irrecevable au cas où le demandeur bénéficie « *d'une protection équivalente, notamment en ce qui concerne le respect du principe de non-refoulement* ». Cela fait peser le risque que la « *protection équivalente* » soit admise sur la seule base de l'application, par l'État tiers considéré, du principe de non-refoulement, qui est pourtant un niveau de protection très largement inférieur à celui offert par le statut de réfugié et la protection européenne.

Ce risque est d'autant plus réel que le CESEDA prévoit déjà deux cas d'irrecevabilité :

- Lorsque le demandeur bénéficie d'une protection effective au titre de l'asile dans un État membre de l'Union européenne ;
- Lorsque le demandeur bénéficie du statut de réfugié et d'une protection effective dans un État tiers et y est effectivement réadmissible.

Dès lors, l'ajout de la notion de « *protection équivalente* » implique nécessairement qu'il s'agisse d'une protection octroyée sur un autre fondement que la Convention de Genève, et donc sur la base de standards différents.

Ensuite, le manque de précision qui s'attache à la disposition déférée – comme plus généralement au concept qu'elle entend transposer – expose les demandeurs d'asile à des décisions arbitraires. Compte tenu des enjeux d'accès au droit d'asile que revêt la qualification d'une demande d'asile d'irrecevable, la disposition déférée apparaît ainsi de nature à porter substantiellement atteinte au droit d'asile.

Enfin, si la notion de « *protection équivalente* » permettait d'appliquer un standard de protection moindre à certains demandeurs, il en résulterait une rupture d'égalité entre demandeurs d'asile, en fonction de leur lien avec un États tiers. Une telle différence de traitement ne serait pas justifiée au regard de l'objet de la loi.

Pour toutes ces raisons, la disposition déférée n'apparaît pas conforme à la Constitution.

Sur la clôture de la demande d'asile en cas d'abandon de l'hébergement (Article 63)

Les alinéas 3 et 4 de l'article 63 de la loi déferée ajoutent aux possibilités de clôtures des demandes d'asile listées à l'article L.531-36 du CESEDA le cas du demandeur qui a abandonné, sans motif légitime, le lieu où il était hébergé en application de l'article L.552-8 du même code.

En principe, la procédure de clôture n'est pas une sanction du demandeur d'asile, mais une mesure qui vise à faciliter le travail des autorités en charge des demandes d'asile, en évacuant les demandes qui n'ont plus vocation à être examinées par l'OFPPA, principalement en raison du désistement des personnes concernées.

A l'inverse, la disposition déferée ne vise pas tant à constater le désistement implicite du demandeur qu'à sanctionner son comportement. Or, la loi prévoit déjà une sanction en cas d'abandon du lieu d'hébergement sans motif légitime, à savoir la suspension du bénéfice des conditions matérielles d'accueil⁹⁵. Une telle sanction apparaît plus appropriée et moins attentatoire au droit d'asile constitutionnellement garanti.

En effet, en sanctionnant l'abandon du lieu d'hébergement par une clôture de la demande d'asile, la disposition déferée risque de priver des demandeurs bienfondés d'un examen au fond de leur demande d'asile, alors même que, dans la formulation retenue par le législateur, qui ne fait mention d'aucune tentative de prise de contact avec les autorités dans un délai raisonnable, rien ne permet de présumer que cet abandon serait effectivement la conséquence de la volonté du demandeur de se désister de sa demande d'asile.

Il en résulte que la possibilité de clôture de la demande d'asile en cas d'abandon de l'hébergement, introduite par l'article 63 de la loi déferée, constitue une atteinte au droit d'asile.

Sur les restrictions du droit à la réunification familiale des bénéficiaires du droit d'asile (Article 65)

L'article 65 de la loi déferée comporte plusieurs dispositions tendant à réduire le champ des personnes éligibles à la réunification familiale et à limiter dans le temps la possibilité d'introduire une telle procédure.

De telles dispositions sont de nature à méconnaître le droit à la réunification familiale, qui constitue un droit spécifique des bénéficiaires du droit d'asile ainsi qu'au droit de mener une familiale normale.

⁹⁵ Article L.551-16 1° et 2 du CESEDA.

Sur la reconnaissance constitutionnelle du droit à la réunification familiale des bénéficiaires du droit d'asile

Les bénéficiaires du droit d'asile, au même titre que tous les étrangers régulièrement établis sur le territoire, sont titulaires du droit de « *faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique* », conformément au droit de mener une vie familiale normale garanti par l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946⁹⁶.

Ils bénéficient également d'un droit spécifique, le droit à la réunification familiale, qui découle du droit d'asile tel que reconnu par la Convention de Genève du 28 juillet 1951. En effet, l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides lors de laquelle la Convention de Genève a été adoptée précise que « *l'unité de la famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié* » qui implique, que les « *droits du réfugié [soient] étendus à sa famille* ».

Ainsi que l'ont confirmé les textes internationaux et européens concrétisant les droits protégés par la Convention de Genève, ce droit implique que les réfugiés bénéficient plus largement de la possibilité d'être rejoints par leur famille afin d'adapter leur protection à leur situation particulière. En effet, les circonstances contraintes de l'exil de ces personnes peuvent par définition provoquer des ruptures familiales : la reconstruction de l'unité de famille est alors un élément fondamental permettant à des personnes qui ont fui des persécutions de reprendre une vie normale⁹⁷. En outre, à la différence des bénéficiaires du regroupement familial, les réfugiés ne peuvent pas, par hypothèse, retourner dans leur pays d'origine⁹⁸.

Ce droit spécifique à la réunification familiale devrait constituer une norme de référence du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ayant relevé que le législateur devait respecter « *l'ensemble des stipulations de [la] Convention* » de Genève sauf à « *[méconnaître] les dispositions de l'article 55 de la Constitution* »⁹⁹.

Sur l'atteinte au droit à la réunification familiale des réfugiés résultant du délai de 18 mois fixé pour l'introduction de la demande

L'article 65 impose un délai de 18 mois dans lequel la demande de réunification devra être introduite, faute de quoi le bénéficiaire de la protection internationale devra

⁹⁶ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 70.

⁹⁷ CEDH, 10 juillet 2014, *Mugenzi c. France*, n° 52701/09, §54.

⁹⁸ CEDH, 10 juillet 2014, *Senigo Longue c. France*, n° 19113/09.

⁹⁹ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 85.

introduire une demande de regroupement familial dans les conditions de droit commun, et donc sous réserve d'en respecter les conditions plus restrictives (de ressources et de logement notamment). Ce délai n'est pas applicable aux bénéficiaires mineurs de la protection internationale.

Cette mesure est également justifiée par le constat de l'augmentation des demandes et les difficultés structurelles au sein des services.

Or, il n'est pas certain que cette contrainte supplémentaire permette effectivement de réduire les demandes, ou en tout cas, elle ne réduira les demandes que pour les demandeurs les moins accompagnés, n'ayant pas accès à une information juridique suffisante. En outre, la mesure déportera de fait la demande vers le regroupement familial, alors que cette procédure souffre elle aussi d'un manque de moyens structurel.

Pour ces raisons, un délai de 18 mois dans lequel la demande de réunification devra être introduite, issu de l'article 65 de loi déferée, constitue une restriction du droit à la réunification familiale inadaptée aux objectifs qu'elle recherche.

[Sur l'atteinte au droit à la réunification familiale résultant de la suppression de la possibilité pour les bénéficiaires de la protection internationale d'être rejoints par leur fratrie](#)

Par ailleurs, la suppression de la possibilité ouverte en 2018 aux bénéficiaires mineurs de la protection internationale, de pouvoir être rejoints non seulement par leurs parents mais aussi leur fratrie menace l'effectivité du droit à la réunification familiale. En effet, elle confronte en pratique les parents du mineur réfugié à un dilemme insoluble, leur imposant de faire un choix entre leurs enfants.

[Sur l'atteinte au droit de mener une vie familiale normale résultant de l'obligation de refuser la demande de réunification en l'absence de relations stables et continues entre le réfugié et sa famille](#)

Enfin, l'article 65 impose à l'administration une obligation de refuser la demande de réunification lorsque la famille a cessé d'entretenir, avec le réfugié ou bénéficiaire de la protection subsidiaire, « *des relations suffisamment stables et continues pour former avec lui une famille* ».

Ce contrôle de la stabilité et de la continuité des liens est de nature à méconnaître le droit de mener une vie familiale normale, et *a fortiori* le droit à la réunification familiale. En effet, pour justifier cette obligation, le Gouvernement invoque la nécessité de continuer à assurer l'accueil des familles « *dans des conditions dignes et de nature à favoriser un parcours d'intégration réussi* », dans un contexte de crises migratoires

successives ayant conduit à une forte augmentation des demandes de visas présentées au titre de la réunification familiale.

Or, la réduction des droits des bénéficiaires des étrangers et des membres de leur famille ne saurait être justifiée uniquement par l'insuffisance des moyens alloués aux politiques. Ces mesures constituent des restrictions injustifiées du droit de mener une vie familiale, alors que l'impératif de protection de la vie familiale des réfugiés impliquerait l'allocation de moyens supplémentaires pour traiter les demandes de réunifications familiales dans des délais raisonnables et compatibles avec un accueil digne.

Enfin, la notion de « *relations suffisamment stables et continues pour former une famille* » est très imprécise, de sorte qu'elle porte atteinte à l'objectif d'intelligibilité de la loi, et rend possible l'adoption de décisions arbitraires portant atteinte au droit de mener une vie familiale normale. Il en va de même de la précision faite ensuite, selon laquelle doivent être exclus de la réunification « *les enfants ayant constitué leur propre cellule familiale* ». Cette notion de « *propre cellule familiale* », nouvelle, n'est pas davantage définie par le législateur et risque d'exposer les demandeurs à des décisions arbitraires en raison du manque de clarté et d'intelligibilité de la disposition.

Pour ces raisons, l'obligation de refuser la demande de réunification en l'absence de relations stables et continues entre le réfugié et sa famille, introduite par l'article 65 de la loi déferée, constitue une atteinte au droit de mener une vie familiale normale.

Sur la remise en cause de l'inconditionnalité de l'hébergement d'urgence (article 67)

La fin de l'inconditionnalité de l'hébergement d'urgence telle que prévue par l'article 67 de la loi déferée autorise le traitement différencié de deux personnes en situation de vulnérabilité et pareillement exposées, faute d'abri, à des conditions de vie indignes. Cette mesure porte atteinte au principe d'égalité en raison de l'introduction d'une différence de traitement de situations de vulnérabilités mais également au principe de sauvegarde de la dignité humaine par l'exposition à des actes dégradants ou inhumains des personnes écartées de ce dispositif de mise à l'abri.

Ces dispositions procédant de la confusion entre, d'une part, l'exercice d'un droit fondamental à être mis à l'abri et, d'autre part, la « *maîtrise* » de l'immigration, porteuses d'une banalisation de la pauvreté et ne pouvant qu'amplifier le phénomène des campements et des squats, sont contraires à la Constitution.

Sur la réduction du délai de recours contentieux relatif aux conditions matérielles d'accueil (article 72)

L'article 72 de la loi déferée crée un article L.555-1 dans le CESEDA en vertu duquel les décisions qui refusent, totalement ou partiellement, au demandeur d'asile le bénéfice des conditions matérielles d'accueil ou qui y mettent fin, totalement ou partiellement, peuvent être contestées dans un délai de 7 jours à compter de la notification de la décision et le tribunal devra statuer dans un délai de 15 jours à compter de l'introduction du recours.

Cette disposition constitue une restriction inadaptée et non-nécessaire du droit au recours juridictionnel des demandeurs d'asile qui bénéficiaient jusqu'alors du délai de recours de droit commun de deux mois pour contester les décisions relatives aux conditions matérielles d'accueil.

En effet, l'objectif de cette mesure est de simplifier le contentieux des étrangers comme recommandé par le Conseil d'État¹⁰⁰ et de proposer une répartition des procédures qui tient compte du degré réel d'urgence de la situation de l'étranger et de la nécessité de maintenir l'efficacité de la politique de l'éloignement. Or, d'une part, la réduction du délai de recours dans le cadre du contentieux relatif aux conditions matérielles d'accueil apparaît totalement décorrélée de l'objectif de garantie d'exécution des mesures d'éloignement. D'autre part, si l'objectif est d'assurer qu'une décision soit prise rapidement compte tenu de la situation d'urgence dans laquelle se trouve l'intéressé dépourvu de ses droits, l'encadrement du délai de jugement suffit à garantir l'atteinte de cet objectif sans que le droit au recours effectif des demandeurs d'asile ne soit affecté.

Par conséquent, la réduction du délai de recours contentieux relatif aux conditions matérielles d'accueil porte atteinte au droit au recours effectif des demandeurs d'asile au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

Sur l'extension de la durée du premier placement en rétention administrative de certains ressortissants étrangers (Article 75)

L'article 75, 6°, de la loi déferée prévoit de porter à 4 jours – au lieu de 48h actuellement – la durée du premier placement en rétention administrative d'un ressortissant étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement et ne présentant pas de garanties de représentation suffisantes. Le contrôle juridictionnel automatique de la légalité de la mesure de privation de liberté n'interviendrait donc qu'au bout de 4 jours, contre 48h dans la version actuelle du CESEDA.

¹⁰⁰ CE, *Simplifier le contentieux des étrangers, dans l'intérêt de tous*, 2020.

Les objectifs du législateur lors de l'adoption de cette disposition étaient d'une part, de répondre à la difficulté pour « *les services concernés de traiter dans de bonnes conditions les procédures dont ils ont la charge* »¹⁰¹ et d'autre part, d'augmenter l'efficacité des procédures d'éloignement. C'est donc exclusivement la meilleure efficacité de l'action de l'administration en matière de police des étrangers qui semble ici recherché.

Or, si la lutte contre l'immigration irrégulière participe de l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la sauvegarde de l'ordre public, elle doit être conciliée avec le respect des droits et libertés constitutionnels, dont fait partie la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution.

À cet égard, le Conseil constitutionnel considère, s'agissant de la rétention administrative des étrangers, que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegarder que si le juge intervient dans le plus court délai possible* ». Il a ainsi estimé conformes à la garantie judiciaire les délais de 24h puis 48h successivement prévus par le législateur pour le premier contrôle obligatoire exercé par le juge sur la mesure de rétention¹⁰².

Par ailleurs, si le Conseil constitutionnel a pu, en 2011, juger conforme le délai de 5 jours fixé avant que le juge judiciaire ne contrôle pour la première fois la légalité de la mesure de rétention, les objectifs poursuivis par la loi déferée à votre Conseil étaient alors différents.

En effet, ce report du premier contrôle exercé par le juge judiciaire visait à donner la priorité au contrôle de légalité exercé par le juge administratif sur la mesure d'éloignement : le juge administratif pouvait être saisi dans les 48h suivant la rétention et devait alors statuer dans les 72h. L'annulation de la mesure d'éloignement devait conduire à la libération de l'étranger.

De surcroît, le juge administratif pouvait être saisi dans le délai de 48h suivant la notification de la mesure de placement en rétention pour contrôler non seulement la mesure d'éloignement mais aussi la légalité de la mesure de placement en rétention.

Les objectifs de cette loi étaient ainsi de « *garantir l'examen prioritaire de la légalité* » de la mesure d'éloignement et de rétention et, « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de permettre un traitement plus efficace des procédures d'éloignement* ».

Or, depuis, les délais fixés par le juge administratif pour statuer sur les mesures d'éloignement contestées dans le cadre d'une rétention administrative ont été

¹⁰¹ Amendement n° 593 présenté par le gouvernement et adopté en première lecture devant le Sénat.

¹⁰² Cons. Const., 9 janvier 1980, n° 79-109 DC, cons.4.

allongés¹⁰³ et seul le juge judiciaire peut procéder au contrôle de la légalité de la mesure de privation de liberté.

Au contraire, le report de la garantie judiciaire est désormais envisagé, par les dispositions déferées, pour les seuls besoins de l'administration et sans garantie pour la personne étrangère de voir en contrepartie examinée la légalité de la mesure d'éloignement et de rétention prise à son encontre dans un délai bref.

Dans ces circonstances, l'extension à 4 jours de la durée du premier placement en rétention administrative d'un ressortissant étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement et ne présentant pas de garanties de représentation suffisantes n'est pas justifiée et constitue une atteinte à la liberté individuelle.

Sur la généralisation des audiences délocalisées ou en visioconférence pour les personnes en CRA (articles 72 et 76)

Les articles 72 et 76 du texte déferé généralisent la délocalisation des audiences pour les ressortissants étrangers placés en zone d'attente ou retenus en centre de rétention administrative et, *in fine*, systématisent le recours aux visio-audiences.

Le contentieux de la privation de liberté des étrangers se trouve ainsi exclu des enceintes judiciaires. La délocalisation de l'audience isole l'ensemble des acteurs : le juge, le greffier, l'étranger, l'avocat et l'interprète, et met à mal le principe de publicité des débats, garant d'une justice de qualité, en raison de l'éloignement géographique de ce lieu de justice. De plus, l'isolement géographique de l'étranger, ainsi maintenu à proximité de la zone d'attente ou du lieu de rétention, situés à plusieurs dizaines de kilomètres des villes, risque de le priver de tout public à son audience.

Le respect des exigences d'un procès juste et équitable, comprenant le fait que les justiciables puissent participer de manière effective au procès, ne peut pas être garanti avec le déploiement massif de la délocalisation des audiences et, *in fine*, de la visio-audience qui isole les différents acteurs du procès.

Ainsi, dans une décision récente, le Conseil constitutionnel a relevé que :

« Selon l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Sont garantis par ces dispositions les droits de la défense et le droit à un procès équitable.

¹⁰³ En vertu de l'article L.614-9 du CESEDA, le juge administratif statue dans les 96 heures suivant l'expiration du délai de recours ou, si le placement en rétention intervient en cours d'instance, dans les 144 heures suivant la notification de la décision de placement au tribunal.

La présence physique des magistrats composant la formation de jugement durant l'audience et le délibéré est une garantie légale de ces exigences constitutionnelles »¹⁰⁴.

Concernant le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle sur décision du magistrat dans le cadre de l'interrogatoire de première comparution et du débat relatif au placement en détention provisoire, et dans certaines circonstances ne permettant pas d'exécuter les mandats d'amener devant les juridictions spécialisées, le Conseil constitutionnel a également considéré que :

« Toutefois, eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant le magistrat ou la juridiction compétent, ces dispositions ne sauraient s'appliquer que dans des circonstances exceptionnelles. Elles doivent dès lors s'interpréter comme n'autorisant le recours à un tel moyen de communication que si est dûment caractérisée l'impossibilité de présenter physiquement la personne devant la juridiction spécialisée »¹⁰⁵.

S'agissant d'un contentieux relatif à la privation de liberté, la généralisation de l'utilisation des moyens de télécommunication audiovisuelle, notamment quand ceux-ci ne sont pas rendus absolument indispensables par l'impossibilité de faire comparaître physiquement les personnes retenues devant la juridiction, est constitutive d'une restriction au droit au procès équitable et que par conséquent, la visio-audience doit demeurer l'exception et être entourée de garanties.

Enfin, au regard de la situation particulière des mineurs placés en zone d'attente ou en centre de rétention administrative, la généralisation d'audience en « visio » n'est pas une modalité adaptée à l'examen de la situation d'un mineur. Une telle mesure est donc contraire à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfance.

Dès lors, il apparaît que la généralisation de la délocalisation des audiences et du recours à l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle constitue une atteinte disproportionnée aux droits de la défense et au droit au procès équitable protégés au titre de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁰⁴ Cons. Const., 16 novembre 2023, n° 2023-856 DC, cons. 59 et 60.

¹⁰⁵ Cons. Const., 16 novembre 2023, n° 2023-855 DC, cons. 78.

Sur la prolongation de la durée dans laquelle le juge judiciaire statue sur la légalité d'une mesure de placement en zone d'attente en cas de placements simultanés (article 77)

L'article 77 de la loi déferée ouvre une possibilité de déroger à la règle selon laquelle le juge judiciaire dispose de 24h maximum pour statuer sur la légalité d'une décision de placement en zone d'attente. Désormais, le premier président du tribunal judiciaire compétent pourra prendre une ordonnance portant ce délai à 48h, « *en cas de placement en zone d'attente simultané d'un nombre important d'étrangers au regard des contraintes du service juridictionnel* ».

Ainsi qu'il l'a déjà été relevé, le Conseil constitutionnel considère que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegarder que si le juge intervient dans le plus court délai possible* ». Tout allongement des durées de privation de liberté doit être strictement justifié par un objectif légitime.

Or, les dispositions déferées visent à permettre une privation de liberté pouvant durer jusqu'à 48h sans contrôle du juge au seul motif que les juridictions souffrent d'un déficit structurel de moyens pour répondre aux besoins résultant d'une situation similaire au débarquement à Toulon des personnes exilées secourues par le bateau Ocean Viking. Si la prise en compte de l'encombrement de l'office des juges judiciaires et de leur faible nombre peut relever du principe de bonne administration de la justice, il ne saurait justifier une privation de liberté.

Dans ces circonstances, la possibilité de prolonger la durée dans laquelle le juge judiciaire statue sur la légalité d'une mesure de placement en zone d'attente en cas de placements simultanés n'est pas justifiée et constitue une atteinte à la liberté individuelle.

Sur les conditions d'accès à la nationalité pour un enfant né à Mayotte, en Guyane ou à Saint-Martin (article 81)

L'article 81 du texte adopté s'inscrit dans de restriction continue des droits applicables à Mayotte en prévoyant un durcissement des règles relatives au droit du sol pour les enfants nés sur ce territoire.

Désormais, un enfant né à Mayotte, de parents étrangers, ne pourra acquérir la nationalité française à partir de ses treize ans qu'à condition de justifier du séjour régulier d'un de ses parents au jour de sa naissance depuis au moins un an, au lieu de trois mois actuellement, en plus de satisfaire des conditions de résidence en France telles que prévues en métropole.

L'article 81 prévoit en outre l'application de règles dérogatoires analogues pour les enfants nés en Guyane – qui devront justifier d'une résidence régulière d'une durée

de 9 mois d'un de leur parent et pour les enfants nés à Saint-Martin qui devront, quant à eux, justifier d'une résidence régulière d'une durée de 3 mois d'un de leur parent.

Il convient d'examiner ces dispositions au regard des dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution en application duquel « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* », ainsi qu'aux termes de l'article 73 de la Constitution : « *Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ».

Sur le durcissement d'un droit dérogatoire à Mayotte

Le Conseil constitutionnel a considéré que les circonstances que la population de Mayotte comporte « *une forte proportion de personnes de nationalité étrangère, dont beaucoup en situation irrégulière, ainsi qu'un nombre élevé et croissant d'enfants nés de parents étrangers* » et que les « *flux migratoires très importants* » de cette collectivité constituent des « *caractéristiques et contraintes particulières* » pouvaient justifier une différence de traitement au sens de l'article 73 de la Constitution¹⁰⁶.

L'instauration d'un droit dérogatoire à Mayotte a dans ce cadre été validé par le Conseil constitutionnel.

Néanmoins, le durcissement de ce régime dérogatoire prévu par le texte déferé ne paraît pas en l'état justifié.

En effet, l'allongement considérable de la durée de résidence régulière d'un des parents au jour de la naissance de l'enfant, passant de trois à douze mois, nécessaire pour acquérir la nationalité française, n'a été à aucun moment justifié par le législateur par des considérations objectives et documentées. Aucune étude d'impact, aucun bilan de l'application de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 précitée sur les conséquences d'un droit dérogatoire, aucun avis du Conseil d'État, n'ont été ni prévus ni possibles en amont de l'adoption de ces nouvelles dispositions restrictives.

Par conséquent, ces nouvelles dispositions ne sont pas justifiées au regard d'éventuelles caractéristiques ou contraintes particulières de ce territoire qui seraient apparues depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, empêchant d'établir la constitutionnalité de ces dispositions au regard de l'article 73 de la Constitution.

¹⁰⁶ Cons. const., 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC, cons. 43.

Sur l'absence de démonstration par le législateur de caractéristiques et contraintes particulières aux territoires de Guyane et Saint-Martin

Le législateur doit justifier les adaptations au principe d'égalité qu'il entend adopter pour les territoires de la Guyane et Saint-Martin.

Or, les seules données objectives concernant la Guyane, avancées par les sénateurs à l'origine de l'extension d'un régime dérogatoire dans ce territoire, sont le nombre d'étrangers en situation régulière à la date du 31 décembre 2017 fixée à 47 463, et la proportion des étrangers fixée entre 15 et 25 %.

Egalement pour Saint-Martin, la seule donnée objective avancée par les sénateurs indique qu' « *un tiers des habitants de Saint-Martin est issu de l'immigration (30,0 %)* »¹⁰⁷.

Ces données chiffrées, sans lien manifeste avec les dispositions dérogatoires relatives à l'acquisition de la nationalité française dans ces territoires ultra-marins, ne semblent pouvoir justifier la différence de traitement prévue.

Par conséquent, ces seules circonstances ne peuvent constituer, au sens de l'article 73 de la Constitution, des « *caractéristiques et contraintes particulières* » de nature à permettre au législateur d'adapter les règles régissant l'acquisition de la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France. Dès lors, les nouvelles dispositions concernant la Guyane et Saint-Martin méconnaissent les principes d'égalité et d'indivisibilité de la République.

Sur une différence de traitement non justifiée entre les territoires ultra-marins

Enfin, exigeant que, au moment de la naissance, l'un des parents réside en France de manière régulière et ininterrompue depuis plus d'un an pour les enfants nés à Mayotte, depuis plus de neuf mois pour les enfants nés en Guyane, et depuis plus de trois mois pour les enfants nés à Saint-Martin, ces dispositions instituent une différence de traitement, pour l'acquisition de la nationalité française, entre les enfants nés à Mayotte les enfants nés en Guyane et ceux nés à Saint-Martin.

Or, aucun motif apparent ne vient justifier une telle différence de traitement entre les enfants étrangers nés dans ces trois territoires ultra-marins ce qui constitue par conséquent une rupture du principe d'égalité.

¹⁰⁷ Amendement n° 628 présenté par Mme Muriel JOURDA et M. BONNECARRÈRE au nom de la commission des lois : Aperçu de l'amendement (senat.fr)

Sur le renforcement du droit dérogatoire en outre-mer en matière d'entrée et de séjour des étrangers (Articles 80 et 82)

Plusieurs dispositions de la loi déferée approfondissent le droit dérogatoire ultramarin en matière d'entrée et de séjour des étrangers.

Outre les manquements à l'article 73 de la Constitution résultant de ces dérogations non-justifiées au droit commun, ces dispositions apparaissent de nature à porter atteinte à plusieurs droits substantiels garantis par la Constitution.

Sur la suppression du recours contre les refus d'entrée au titre de l'asile en Guadeloupe, en Guyane et à Mayotte

L'article 80 II. 3° b) de la loi déferée prévoit la suppression, sur les territoires de la Guadeloupe, de la Guyane et de Mayotte, du recours contre une décision de refus d'entrée au titre de l'asile¹⁰⁸ prévu par l'article L.352-4 du CESEDA.

Cette suppression est présentée comme un amendement de coordination. En effet, la procédure de contestation des refus d'entrée relèvera de la procédure prévue par le nouvel article L.921-3 du CESEDA, qui permet de saisir le tribunal administratif d'un recours au fond dans un délai de quarante-huit heures. En effet, cet article ne sera pas applicable aux territoires de la Guadeloupe, de la Guyane et de Mayotte, où est maintenue, pour contester la légalité de la décision portant obligation de quitter le territoire, la procédure adaptée résultant de la loi du 7 mars 2016, à savoir que le recours juridictionnel y relève des règles de droit commun prévues par le code de justice administrative, le requérant ayant la possibilité de former un référé dont l'introduction suspend l'éloignement.

Or, aucune nouvelle disposition ne semble compenser la suppression de ce recours, si bien que la possibilité de contester devant un juge les refus d'entrée au titre de l'asile ne semble plus garantie sur les territoires concernés.

Dès lors, la suppression du recours contre une décision de refus d'entrée au titre de l'asile sur les territoires de la Guadeloupe, de la Guyane et de Mayotte prévue par l'article 80, II, 3°, b), de la loi déferée est de nature à emporter la violation du droit au recours juridictionnel effectif, assurant la garantie du droit d'asile de même valeur.

Sur le durcissement des conditions d'accès au séjour des parents d'enfants français en Guyane et à Mayotte

L'article 82, alinéas 2 et 3, de la loi déferée allonge de deux à trois ans le délai de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant requis du parent français et du

¹⁰⁸ Recours prévu par l'article L.352-4 du CESEDA.

parent étranger pour l'obtention d'un titre de séjour parent d'enfant français en Guyane et à Mayotte.

Le législateur a justifié cette réforme par la nécessité de mieux réguler l'immigration familiale à Mayotte et en Guyane, relevant que l'admission au séjour en tant que « *parent d'enfant français* » y représente l'un des principaux motifs de délivrance des titres de séjour. Par ailleurs, cette mesure renforcerait la lutte contre la fraude générée par des reconnaissances de paternité ultérieures à la naissance de l'enfant.

Or, ces motifs, dont il convient de souligner qu'ils ne sont fondés sur aucune étude d'impact, ne sauraient suffire à justifier la différence de traitement instituée par la disposition déferée, non seulement entre étrangers selon leur lieu de résidence, mais également entre Français, la disposition déferée affectant par ricochet les droits des enfants français concernés. Par conséquent, cette disposition constitue une rupture du principe d'égalité.

Par ailleurs, l'allongement de deux à trois ans du délai de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant requis du parent français et du parent étranger pour l'obtention d'un titre de séjour « *parent d'enfant français* » en Guyane et à Mayotte pourrait conduire à retarder excessivement les possibilités d'accès au séjour de certains parents d'enfants français. Ces personnes se trouveraient ainsi maintenues en situation de précarité, sans droit au travail ni aux prestations – familiales notamment – au détriment non seulement de leurs droits mais aussi de ceux de leur enfant français.

D'une part, le droit au séjour des parents d'enfants français, en ce qu'il vise également à garantir également les droits de mineurs nationaux, devrait bénéficier d'une particulière protection et, d'autre part, des dispositifs de contrôle existent déjà pour lutter contre les reconnaissances de paternité frauduleuse.

Dans ces circonstances, l'allongement de deux à trois ans du délai de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant requis du parent français et du parent étranger pour l'obtention d'un titre de séjour parent d'enfant français en Guyane et à Mayotte, résultant de l'article 82, alinéas 2 et 3 de la loi déferée, porte atteinte au droit au respect de la vie privée ainsi qu'au droit de mener une vie familiale normale.

[Sur le durcissement des conditions d'accès au regroupement familial à Mayotte](#)

L'article 82 4° de la loi déferée ajoute une condition d'antériorité de régularité de séjour de trois ans, sous couvert d'un titre de séjour d'une durée de validité d'au moins cinq ans, pour bénéficier du regroupement familial à Mayotte.

Cette disposition, en ce qu'elle ajoute une condition d'antériorité de régularité de séjour de trois ans, sous couvert d'un titre de séjour d'une durée de validité d'au moins cinq ans – autrement dit d'une carte de résident de dix ans –, pour bénéficier du regroupement familial à Mayotte, restreint de façon drastique les possibilités d'accès au

regroupement familial à Mayotte, cela sans que ni la nécessité, ni la proportionnalité de la mesure ne soit établie.

À cet égard, il convient de relever que la disposition déferée n'a fait l'objet d'aucune étude impact. En particulier, elle n'est documentée par aucune donnée chiffrée relatives aux bénéficiaires du regroupement familial à Mayotte.

Cette disposition constitue ainsi une restriction du droit de mener une vie familiale qui ne sert aucun objectif de sauvegarde de l'ordre ou de la santé publics. Notamment, la restriction du regroupement familial ne sert en aucun cas la lutte contre l'immigration irrégulière puisqu'il s'agit d'une voie légale d'immigration ouverte aux membres de famille d'étrangers régulièrement installés sur le territoire.

Dans ces circonstances, le durcissement des conditions d'accès au regroupement familial résultant de l'article 82, alinéa 4, de la loi déferée, porte atteinte au droit de mener une vie familiale normale.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation du Conseil constitutionnel.



Claire HÉDON