

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

21797.01

CONSEIL D'ETAT

Section du Contentieux

MEMOIRE COMPLEMENTAIRE

Pour :

- 1) L'association Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s (ci-après « GISTI ») ;
- 2) Le Syndicat des avocats de France (ci-après « SAF ») ;
- 3) L'Association pour le droit des étrangers (ci-après « ADDE ») ;
- 4) La Fédération des Associations de Solidarité avec Tou·te·s les Immigré·e·s (ci-après « FASTI ») ;
- 5) L'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les personnes Étrangères (ci-après « Anafé ») ;
- 6) La Ligue des droits de l'Homme (ci-après « LDH ») ;
- 7) L'Association Droits Ici Et Là-bas (ci-après « DIEL ») ;
- 8) La Coalition Internationale des Sans Papiers et Migrants (ci-après « CISPM »)
- 9) La Cimade

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

CONTRE : Le Ministre de l'Intérieur et de l'Outre-mer

Sur le recours n° 497929

contre le décret n° 2024-813 du 8 juillet 2024 relatif aux cas d'assignation à résidence ou de placement en rétention des demandeurs d'asile prévus par l'article 41 de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration méconnaît les exigences supranationales en matière d'accueil des demandeurs d'asile

FAITS ET PROCEDURE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Par ailleurs, hors demande d'asile en rétention, il n'est possible d'assigner à résidence ou de placer en rétention un demandeur d'asile qui bénéficie du droit au maintien sur le territoire que s'il

fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire français (art. L. 753-1 à L. 753-12 du CESEDA).

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

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

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

Leur transposition est néanmoins justifiée par la circonstance que certains étrangers en situation irrégulière utilisent la demande d'asile, lors de leur interpellation ou à l'approche de leur levée d'écrou, pour faire obstacle à l'édition d'une OQTF ou à son exécution. Ces situations se rencontrent généralement pour des profils évocateurs de risques de troubles à l'ordre public (sortants de prison, interpellés...).

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

situation caractérise généralement un risque de fuite, en particulier lorsque de telles demandes sont réitérées.

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

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

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

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

« M. Gérard Darmanin, ministre.

Cet amendement vise à répondre à une problématique assez simple.

Actuellement, une personne en rétention peut demander l'asile. En revanche, si une personne interpellée sur la voie publique, par exemple un étranger en situation irrégulière qui aurait commis un délit, demande l'asile, elle ne peut pas être placée en rétention, et l'on doit lui laisser demander l'asile.

Il y a donc un détournement du droit de l'asile. En effet, une personne qui viendrait dans notre pays pour demander l'asile le ferait spontanément ; elle n'attendrait pas des mois ou des années sur le territoire national, en situation d'irrégularité, pour

finalement demander l'asile une fois interpellée par la police. Un tel procédé ne sert évidemment qu'à gagner du temps.

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

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

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

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

En effet, jusqu'à présent, les mesures restrictives de liberté d'un ressortissant étranger – rétention administrative et assignation à résidence – étaient uniquement justifiées par la bonne exécution des décisions d'éloignement et impliquaient donc que l'intéressé soit visé par une décision d'éloignement.

2.1 Le CESEDA prévoit à son livre VII relatif à l'« *exécution des décisions d'éloignement* » les cas d'assignation à résidence des ressortissants étrangers « *aux fins d'exécution de la décision d'éloignement* » (Articles L731-1 à L731-2) ou « *en cas de report de l'éloignement* » (Articles L731-3 à L731-5).

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

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

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

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

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

2.3 S'agissant spécifiquement des demandeurs d'asile, le CESEDA prévoit que c'est bien *« lorsque le droit au maintien de l'étranger a pris fin en application des b ou d du 1° de l'article L. 542-2 et qu'une obligation de quitter le territoire français a été prise à son encontre »* que *« l'autorité administrative peut l'assigner à résidence ou le placer en rétention dans les conditions prévues aux articles L. 752-1 à L. 752-4 »* (v. art. L.542-5).

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

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

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

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

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

En atteste le fait que le nouveau dispositif ne s'insère plus dans le livre VII du CESEDA (« *exécution des mesures d'éloignement* ») mais dans le livre V relatif au droit d'asile et plus particulièrement dans le titre II (« *accès à la procédure d'asile* »).

Le décret contesté n° 2024-813 du 8 juillet 2024, pris pour l'application de ces dispositions est venu préciser les cas d'assignation à résidence aux articles R. 523-1 à R.523-7 du CESEDA et ceux de rétention administrative aux articles R. 523-8 à R.523-14 du CESEDA.

Ainsi, concrètement, en l'état actuel du droit, un ressortissant étranger en situation irrégulière peut :

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

Estimant que le décret n° 2024-813 du 8 juillet 2024 relatif aux cas d'assignation à résidence ou de placement en rétention des demandeurs d'asile prévus par l'article 41 de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration méconnaît les exigences supranationales en matière d'accueil des demandeurs d'asile, l'association Groupe d'information et de soutien des immigré·e·s (ci-après « GISTI »), le Syndicat des avocats de France (ci-après « SAF »), l'Association pour le droit des étrangers (ci-après « ADDE »), la Fédération des Associations de Solidarité avec Tou·te·s les Immigré·e·s (ci-après « FASTI »), l'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les personnes Étrangères (ci-après « Anafé »), la Ligue des droits de l'Homme (ci-après « LDH »), l'Association Droits Ici Et Là-bas (ci-après « DIEL ») et la Coalition Internationale des Sans Papiers et Migrants (ci-après « CISPM »), en qualité d'associations de défense des droits des étrangers en France, en défèrent les dispositions à la censure du Conseil d'Etat.

DISCUSSION

1. En premier lieu, sauf à ce qu'il soit établi que le projet de décret soumis au Conseil d'Etat était identique au texte du décret adopté, il doit être retenu que la procédure préalable à l'adoption de ce dernier est irrégulière [I].

Le décret attaqué est privé de base légale du fait de la contrariété de l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile avec l'article 7 de la directive 2013/33/UE en ce que cet article permet l'assignation à résidence de demandeurs d'asile en dehors des conditions fixées par l'article 7 précité [II].

En outre, le décret attaqué est encore privé de base légale du fait de la contrariété de l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile avec l'article 8 de la directive 2013/33/UE tel qu'interprété conformément aux articles 6 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce que cet article permet la rétention administrative de demandeurs d'asile en dehors des cas expressément fixés par les articles 6 et 5 précités [III].

Le décret contesté sera également privé de base légale par suite de la déclaration d'inconstitutionnalité du second alinéa de l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui sera prononcée sur la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par mémoire distinct par les exposants [IV].

Par ailleurs, le décret contesté est encore privé de base légale dès lors que les articles L.523-4 et L.531-24 du CESEDA méconnaissent le paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE pour prévoir que la demande d'asile est instruite selon la procédure accélérée en dehors des cas prévus par la directive [V].

Le décret encourt également la censure en raison de la méconnaissance par l'article R. 531-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile des exigences constitutionnelles du droit d'asile en ce qu'il prévoit, à peine d'irrecevabilité, qu'un étranger placé en rétention administrative en application de l'article L. 523-1 de ce même code dispose d'un

délai de cinq jours à compter de la notification de la décision de placement en rétention pour introduire sa demande d'asile complète auprès de l'Office [VI].

C'est également en méconnaissance des dispositions du paragraphe 4 de l'article 7 de la directive « Accueil » 2013/33/UE que l'article R. 523-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile créé par le décret contesté exige des demandeurs d'asile assignés à résidence qu'ils sollicitent une autorisation pour se présenter devant les autorités et les tribunaux lorsque leur présence y est nécessaire [VII].

Le décret encourt encore la censure en raison de la méconnaissance par le second alinéa de l'article R.523-2 du CESEDA des dispositions de l'article 4 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE en ce qu'il permet à une autre autorité que celle responsable de la détermination de prendre connaissance des éléments fondant une demande d'asile [VIII].

Enfin, le décret contesté est encore privé de base légale du fait de la contrariété de l'article L.523-6 du CESEDA avec l'article 28 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE [IX].

I] **Sur l'irrégularité de la procédure suivie**

1. Les décrets pris en Conseil d'Etat doivent être conforme au projet de décret soumis par le Gouvernement à la consultation de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, et, *a fortiori*, à la minute de la section du Conseil d'Etat qui l'a examiné et, si tel n'est pas le cas, il est acquis que le décret a été pris au terme d'une procédure irrégulière (pour un exemple récent d'annulation : CE, 5 février 2020, *UNICEF France*, n° 428478 ; voir également : CE, 24 octobre 2019, *Fédération des transports et de la logistique FO-UNCP*, n° 422583 ; CE, 20 décembre 2013, n° 357198, publié au Lebon ; CE, 10 janvier 2007, *Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles*, n° 283175, mentionné aux tables).

2. En l'état, à défaut de toute justification utile et contradictoire permettant de s'assurer que le décret attaqué est conforme au projet de décret soumis par le gouvernement au Conseil d'Etat, ou à la minute de la section du Conseil d'Etat qui l'a examiné, l'irrégularité devra être constatée.

En l'absence de consultation régulière du Conseil d'Etat, le décret attaqué est entaché d'incompétence.

L'annulation est encourue.

II] Sur l'absence de base légale du décret attaqué du fait de la contrariété de l'article L.523-1 du CESEDA avec l'article 7 de la directive 2013/33/UE en ce que cet article permet l'assignation à résidence de demandeurs d'asile indépendamment de conditions fixées par l'article 7 précité

1. Le régime d'asile européen commun s'articule autour de trois directives et deux règlements :

- la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts abrogée par la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection dite « directive qualification » ;
- la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres révisée par la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte) dite « directive procédures » ;
- la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres révisée par la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte) dite « directive accueil » ;

- le règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers révisé par le règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) dit « règlement Dublin III » ;
- le règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte) dit « règlement Eurodac ».

La directive « Accueil » n°2013/33/UE prévoit les dispositions générales relatives aux conditions d'accueil parmi lesquelles les différentes possibilités laissées aux États membres pour restreindre la liberté de circulation des demandeurs d'asile (art. 7) ou ordonner leur placement en rétention (art. 8).

Aux termes de l'article 7 de la directive « Accueil » portant sur le séjour et la liberté de circulation des demandeurs d'asile :

« 1. Les demandeurs peuvent circuler librement sur le territoire de l'État membre d'accueil ou à l'intérieur d'une zone qui leur est attribuée par cet État membre. La zone attribuée ne porte pas atteinte à la sphère inaliénable de la vie privée et donne suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages prévus par la présente directive.

2. Les États membres peuvent décider du lieu de résidence du demandeur pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre public ou, le cas échéant, aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande de protection internationale.

3. *Les États membres peuvent prévoir que, pour bénéficier des conditions matérielles d'accueil, les demandeurs doivent effectivement résider dans un lieu déterminé fixé par les États membres. Ces décisions, qui peuvent être à caractère général, sont prises au cas par cas et fondées sur le droit national.*

4. *Les États membres prévoient la possibilité d'accorder aux demandeurs une autorisation temporaire de quitter le lieu de résidence visé aux paragraphes 2 et 3 et/ou la zone qui leur a été attribuée visée au paragraphe 1. Les décisions sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement, et elles sont motivées lorsqu'elles sont négatives.*

Le demandeur ne doit pas demander d'autorisation pour se présenter devant les autorités et les tribunaux si sa présence y est nécessaire.

5. *Les États membres font obligation aux demandeurs de communiquer leur adresse aux autorités compétentes et de leur notifier tout changement d'adresse dans les meilleurs délais. »*

Et l'article 8 de la directive « Accueil » relatif au placement en rétention des demandeurs d'asile dispose quant à lui :

« 1. *Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle est un demandeur conformément à la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (8).*

2. *Lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas, les États membres peuvent placer un demandeur en rétention, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées.*

3. *Un demandeur ne peut être placé en rétention que:*

a) *pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité;*

b) *pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur;*

- c) *pour statuer, dans le cadre d'une procédure, sur le droit du demandeur d'entrer sur le territoire;*
- d) *lorsque le demandeur est placé en rétention dans le cadre d'une procédure de retour au titre de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (9), pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement, et lorsque l'État membre concerné peut justifier sur la base de critères objectifs, tels que le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe des motifs raisonnables de penser que le demandeur a présenté la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour;*
- e) *lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige;*
- f) *conformément à l'article 28 du règlement (UE) no 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride (10).*

Les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national.

4. Les États membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé.»

La directive rappelle cependant que « les demandeurs ne peuvent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles définies de manière très claire dans la présente directive et dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité en ce qui concerne tant la forme que la finalité de ce placement en rétention » (consid. 15). En conséquence, « en vue de mieux garantir l'intégrité physique et psychologique des demandeurs, le placement en rétention devrait être une mesure de dernier recours et ne peut être appliquée qu'après que toutes les autres mesures, non privatives de liberté, ont été dûment

envisagées » et « toute mesure autre que le placement en rétention doit respecter les droits humains fondamentaux des demandeurs » (consid. 20).

Ainsi, le placement en rétention d'un demandeur d'asile prévu à l'article 8 de la directive « Accueil » ne peut être ordonné qu'à titre subsidiaire, lorsque les alternatives à cette mesure, notamment les restrictions à sa liberté de circulation prévues à l'article 7, ne peuvent être appliquées :

« Ainsi, l'article 8, paragraphe 2, de cette directive dispose qu'une mesure de rétention ne peut être ordonnée que si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées. Par ailleurs, en vertu de l'article 8, paragraphe 4, de ladite directive, les États membres veillent à fixer, dans leur droit national, les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé. Cette dernière alternative à la rétention doit être comprise comme renvoyant aux restrictions à la liberté de circulation du demandeur de protection internationale qui sont autorisées par l'article 7 de la directive 2013/33, étant entendu que, conformément à cet article, de telles restrictions ne peuvent porter atteinte à la sphère inaliénable de la vie privée de ce demandeur et doivent lui donner suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages prévus par cette directive. » (CJUE, Cour, 14 mai 2020, FMS et a. contre Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, C-924/19, §222)

Dès lors, les conditions du placement en rétention administrative d'un demandeur d'asile sont nécessairement plus strictes que celles qui sont préalables à son assignation à résidence.

2. A ce titre, si la directive « Accueil » prévoit que des mesures privatives et restrictives de liberté peuvent être imposées aux demandeurs d'asile pour des raisons pragmatiques visant à assurer l'efficacité de l'instruction de leur demande, les conditions de leur application diffèrent selon le caractère plus ou moins restrictif de ces mesures.

2.1 En premier lieu, le paragraphe 2 de l'article 7 prévoit que « les États membres peuvent décider du lieu de résidence du demandeur pour des

raisons d'intérêt public ou d'ordre public ou, le cas échéant, aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande de protection internationale ».

Comme souligné par monsieur l'avocat général Melchior Wathelet, « *ces limitations et obligations sont nécessaires pour garantir, notamment, que le demandeur de protection internationale puisse être localisé rapidement pour faciliter l'examen de sa demande ainsi que, le cas échéant, son transfert vers un autre État membre conformément à l'article 29 du règlement Dublin III* » (conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet présentées le 25 juillet 2018 sous l'affaire CJUE, *Abubacarr Jawo contre Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17, §64).

Dit autrement, par exception au principe de libre circulation des demandeurs d'asile garanti au paragraphe 1 de l'article 7, il est permis aux autorités administratives de restreindre cette dernière en application du paragraphe 2 – en déterminant le lieu de résidence du demandeur, voire en l'y assignant – afin d'assurer l'instruction rapide des demandes d'asile.

2.2 En second lieu, le b) du paragraphe 3 de l'article 8 prévoit quant à lui qu'un demandeur d'asile peut être placé en rétention administrative « *pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur* ».

Comme souligné par madame l'avocate générale Eleanor Sharpston, ces dispositions permettent « *qu'un demandeur de protection internationale puisse être placé en rétention lorsqu'il risque de s'enfuir* » (prise de position de l'avocate générale Eleanor Sharpston présentée le 26 janvier 2016 dans l'affaire CJUE, C-601/15, *J.N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, §114).

Dit autrement, le b) du paragraphe 3 de l'article 8 vise à permettre la rétention administrative d'un demandeur d'asile le temps pour l'autorité compétente de statuer sur sa demande d'asile dès lors qu'en l'absence d'une telle mesure l'instruction de sa demande serait impossible puisque l'intéressé serait en fuite, ce qu'il appartient aux autorités compétentes de déterminer.

C'est d'ailleurs ce que retient Guillaume Odinet dans ses conclusions lues sous un arrêt du 27 novembre 2020 :

« 3.4. Les requérants soutiennent enfin que l'article L. 744-9-1 méconnaît l'article 8 de la directive « accueil », qui définit limitativement les cas dans lesquels un demandeur d'asile peut être placé en rétention. Ils reprochent au législateur d'avoir prévu la possibilité de placer en rétention un étranger relevant du 4° bis ou du 7° de l'article L. 743-2 au motif que cela est nécessaire pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande, notamment pour prévenir un risque de fuite, alors que, l'OFPRA s'étant déjà prononcé sur sa demande, il n'est, par construction, plus nécessaire de le retenir pour déterminer les éléments sur lesquels cette demande se fonde.

*Le moyen n'est pas sans portée. L'article L. 744-9-1 est cependant fidèle à la directive, puisqu'il en reprend les termes ; en outre, il vise clairement l'hypothèse dans laquelle l'étranger entend contester la décision de l'OFPRA devant la CNDA – sans quoi il n'est plus demandeur d'asile au sens de la directive « procédures » (art. 2) et peut faire l'objet d'une mesure de rétention dans les conditions de droit commun prévues par le livre V du code. Or on ne peut exclure que, pour l'instruction de sa demande devant la Cour – dont personne n'ignore plus qu'elle statuera ex nunc – il apparaisse nécessaire, eu égard au risque de fuite, de placer l'intéressé en rétention. » (conclusions de Guillaume Odinet lues sous CE, 2ème/7ème CHR, 27 novembre 2020, *La Cimade et autres*, n°428178 ; nous soulignons)*

En d'autres termes, la rétention administrative d'un demandeur d'asile fondée sur le b) du paragraphe 3 de l'article 8 doit permettre, selon le stade de la procédure, à l'OFPRA ou à la CNDA de déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection et de statuer dessus.

En définitive, si les articles 7 § 2 et 8 § 3, b) poursuivent des objectifs similaires par leur nature, à savoir permettre l'instruction des demandes d'asile, ils répondent à des préoccupations distinctes par leur degré de difficulté en ce que le premier vise uniquement à assurer une instruction rapide des demandes d'asile là où le second vise à anticiper les situations dans lesquelles l'instruction de ces dernières serait tout simplement impossible. Là où, pour l'application de l'article 8 § 3, b) de la directive « Accueil », l'instruction de la demande d'asile de l'intéressé serait impossible en raison de la fuite de ce dernier empêchant l'OFPRA et la CNDA de prendre connaissance des éléments justifiant sa demande et, partant, de se prononcer dessus, pour l'application de

l'article 7 § 2, l'instruction de la demande d'asile de l'intéressé est possible dans la mesure où les autorités compétentes disposent des éléments nécessaires mais la localisation de l'intéressé reste souhaitable pour assurer le « traitement rapide et le suivi efficace » de sa demande.

3. On soulignera que cette distinction avait été correctement transposée et reprise en droit interne aux articles L.752-1 et L.752-2 (ex. L.744-9-1, I) du CESEDA par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie dite « loi Asile et Immigration ».

Le législateur avait ainsi prévu que l'autorité administrative pouvait, d'une part, « assigner à résidence, aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande d'asile, l'étranger dont le droit au maintien a pris fin en application des b ou d du 1° de l'article L. 542-2 et qui fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français » (art. L.752-1) et, d'autre part, le « placer en rétention [...] à condition que le placement soit nécessaire pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile, notamment pour prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L. 612-3 ou lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige » (art. L.752-2).

Comme le soulignait Guillaume Odinet, l'ancien article L. 744-9-1 était ainsi « fidèle à la directive, puisqu'il en [reprenait] les termes » (conclusions de Guillaume Odinet lues sous CE, 2ème/7ème CHR, 27 novembre 2020, *La Cimade et autres*, n°428178).

4. Dans le cas présent, le décret contesté et la loi « Immigration » du 26 janvier 2024 ont pour objectif de transposer la directive « Accueil » aux cas spécifiques dans lesquels le demandeur d'asile concerné ne fait l'objet d'aucune mesure d'éloignement.

A ce titre, le second alinéa de l'article R.523-2 du CESEDA, créé par le décret contesté, prévoit que « la décision d'assignation à résidence prise en application du dernier alinéa de l'article L. 523-1 à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière qui présente une demande d'asile est édictée sur la base d'une évaluation individuelle afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande ». De manière similaire, le deuxième alinéa de l'article R.523-

9 du CESEDA, créé par le décret contesté, dispose que « *la décision de placement en rétention prise en application du dernier alinéa de l'article L. 523-1 à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière qui présente une demande d'asile est édictée lorsqu'il y a un risque de fuite du demandeur sur la base d'une évaluation individuelle afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* ».

Ainsi, le décret contesté prévoit qu'un demandeur d'asile peut être placé en rétention administrative mais également être assigné à résidence dès lors que de telles mesures privatives et restrictives de liberté permettent « *de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* », le choix entre l'une ou l'autre de ces mesures tenant uniquement à l'existence d'un risque de fuite de l'intéressé.

Si ces dispositions sont conformes à celles du b) du paragraphe 3 de l'article 8 de la directive « Accueil » s'agissant des conditions de rétention administrative d'un étranger demandeur d'asile, tel n'est pas le cas s'agissant des conditions d'assignation à résidence de ce dernier.

(i) En premier lieu, l'article R.523-2 du CESEDA permet d'assigner à résidence un demandeur d'asile « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* » et non, comme exigé par le paragraphe 2 de l'article 7 de la directive « Accueil », « *aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande de protection internationale* ».

Dès lors, le décret contesté poursuit un objectif différent de celui de la directive « Accueil » tel qu'exposé *supra* en recherchant, non pas à assurer la mise en œuvre rapide du traitement des demandes d'asile, mais, simplement, l'instruction de ces dernières.

En substituant ainsi l'objectif visant à la détermination des éléments sur lesquels se fonde la demande d'asile à l'objectif de son traitement rapide et de son suivi efficace, la loi élargit considérablement le champ de d'application de l'assignation à résidence tel qu'il est circonscrit par la directive « Accueil ».

Selon les articles 7. 1. et 8. 1. de la directive, le principe est en effet celui de la libre circulation des demandeurs d'asile sur le territoire de l'État membre d'accueil, de sorte que les mesures restrictives et, *a fortiori*, privatives de liberté prévues aux articles 7. 2. et 8. 2. et 3. ne peuvent être regardées comme

susceptibles d'être imposées, par dérogation à ce principe, qu'au regard d'une gradation de situations particulières justifiant ces atteintes à la liberté, telles que, par exemple, « *des raisons d'intérêt public ou d'ordre public.* »

Ainsi la directive impose-t-elle notamment de caractériser les circonstances particulières justifiant l'assignation à résidence comme étant de nature à faciliter « *un traitement plus rapide et un suivi plus efficace* » de la demande d'asile que dans l'hypothèse où le demandeur serait laissé entièrement libre de ses mouvements. Et ainsi la loi s'affranchit-elle de ces distinctions, pourtant essentielles pour la préservation des droits et libertés des demandeurs d'asile, en autorisant l'assignation à résidence sans aucune condition et dans le seul but d'instruire la demande d'asile.

Il ne saurait être soutenu, à l'appui d'une interprétation accommodante, sur ce point, de l'article L. 523-1 qu'une assignation à résidence serait par construction de nature à favoriser un traitement rapide et efficace de la demande d'asile de telle sorte qu'elle répondrait toujours, finalement, à l'objectif fixé à l'article 7. 2. de la directive.

Une telle interprétation généralisante de la directive, aboutissant à autoriser l'assignation à résidence en toutes circonstances, viderait de sens, de portée et même d'objet la distinction opérée entre les points 1. et 2. de l'article 7 et, plus précisément, la précision apportée au point 2. selon laquelle cette mesure ne peut se justifier – par exception au principe énoncé au point 1. – que par des circonstances particulières telles que « *des raisons d'intérêt public ou d'ordre public ou, le cas échéant, aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande de protection.* »

Le hiatus entre les exigences de la directive et la totale latitude laissée à l'administration d'y recourir se déduit plus clairement encore des termes de l'alinéa 2 de l'article R. 523-2 nouveau, selon lequel « *La décision d'assignation à résidence prise en application du dernier alinéa de l'article L. 523-1 à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière qui présente une demande d'asile est édictée sur la base d'une évaluation individuelle afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande.* »

Alors en effet que l'assignation à résidence fondée sur la menace pour l'ordre public impose logiquement au préfet de procéder préalablement à une évaluation individuelle « *au regard de la menace à l'ordre public* » que l'étranger représente, l'évaluation individuelle à laquelle il est invité à procéder en vue d'une assignation à résidence destinée à « *déterminer les éléments sur*

lesquels se fonde sa demande d'asile » se révèle au contraire totalement dépourvue d'objet, si ce n'est l'objet, purement tautologique, « *de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* ».

Ainsi, faute pour le législateur d'avoir précisé les circonstances justifiant l'atteinte à la liberté individuelle que constitue une assignation à résidence, le pouvoir réglementaire s'est trouvé réduit à imposer au préfet, avant d'y recourir, de procéder à une « évaluation individuelle » dont l'administration elle-même ne peut deviner sur quels éléments elle doit porter. Aucune indication ne lui est en effet donnée quant aux éléments qu'elle devrait rechercher ni quant critères qu'elle devrait retenir dans la mise en œuvre de cette évaluation individuelle, sauf à comprendre qu'il reviendrait à cette autorité administrative « *de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile* », en violation, alors, du monopole attribué à l'Ofpra en la matière.

Ce faisant, pour avoir soumis l'assignation à résidence d'un demandeur d'asile à la seule condition qu'elle poursuive l'objectif de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande et non dans l'objectif d'en assurer le traitement rapide et le suivi efficace et faute d'avoir précisé les circonstances propres à caractériser l'exigence d'un tel traitement et d'un tel suivi, l'article L.523-1 du CESEDA méconnaît le paragraphe 2 de l'article 7 de la directive « Accueil » et ne peut donc trouver application si bien que l'article R.523-2 du CESEDA pris pour son application se trouve privé de base légale (**première branche**).

(ii) En second lieu, et de surcroît, le texte de l'article R.523-2 du CESEDA permet l'assignation à résidence d'un demandeur d'asile aux seules fins « *de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* » sans condition tenant à ce que l'instruction de cette demande serait impossible en l'absence d'une telle mesure, tel qu'exigé par l'article 8 § 3, b) et le nouvel article R.523-9 en matière de rétention administrative.

Or, permettre l'assignation à résidence d'un demandeur d'asile aux seules fins de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande sans autre condition revient, *in fine*, à permettre l'assignation à résidence de l'intéressé en toutes circonstances le temps de l'instruction de sa demande alors même que le paragraphe 1 de l'article 7 de la directive « Accueil » fixe le principe d'une libre circulation des demandeurs d'asile sur le territoire de l'État membre d'accueil ou à l'intérieur d'une zone qui leur est attribuée par cet État membre auquel il ne pourrait être apporté des restrictions en application du paragraphe 2 que dans les conditions dûment prévues par ce dernier.

Partant, par la même, l'article L.523-1 du CESEDA méconnait les paragraphes 1 et 2 de l'article 7 de la directive « Accueil » et ne peut trouver application à ce titre si bien que l'article R.523-2 du CESEDA pris pour son application se trouve privé de base légale (**seconde branche**).

L'annulation du décret s'impose à cet égard aussi.

III] Sur l'absence de base légale du décret attaqué du fait de la contrariété de l'article L.523-1 du CESEDA avec l'article 8 de la directive 2013/33/UE tel qu'interprété conformément aux articles 6 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce que cet article permet la rétention administrative de demandeurs d'asile en dehors des cas expressément fixés par les articles 6 et 5 précités

1. Comme exposé *supra*, la directive « accueil » n°2013/33/UE prévoit les dispositions générales relatives aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile parmi lesquelles les différentes possibilités laissées aux Etats membres pour restreindre la liberté de circulation des demandeurs d'asile (art. 7) ou ordonner leur placement en rétention (art. 8).

Ainsi, aux termes de l'article 8 de la directive « accueil » du 26 juin 2013 portant sur le séjour et la liberté de circulation des demandeurs d'asile :

« 1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle est un demandeur conformément à la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (8).

2. Lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une appréciation au cas par cas, les États membres peuvent placer un demandeur en rétention, si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être efficacement appliquées.

3. Un demandeur ne peut être placé en rétention que:

g) pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité;

h) pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur;

- i) pour statuer, dans le cadre d'une procédure, sur le droit du demandeur d'entrer sur le territoire;*
- j) lorsque le demandeur est placé en rétention dans le cadre d'une procédure de retour au titre de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (9), pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement, et lorsque l'État membre concerné peut justifier sur la base de critères objectifs, tels que le fait que le demandeur a déjà eu la possibilité d'accéder à la procédure d'asile, qu'il existe des motifs raisonnables de penser que le demandeur a présenté la demande de protection internationale à seule fin de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour;*
- k) lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige;*
- l) conformément à l'article 28 du règlement (UE) no 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride (10).*

Les motifs du placement en rétention sont définis par le droit national.

4. Les États membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles relatives aux alternatives au placement en rétention, telles que l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, le dépôt d'une garantie financière ou l'obligation de demeurer dans un lieu déterminé.»

2. Comme souligné en préambule, cette directive « respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus, notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », elle vise en particulier « à garantir le plein respect de la dignité humaine et à favoriser l'application des articles 1er, 4, 6, 7, 18, 21, 24 et 47 de la charte et doit être mise en œuvre en conséquence » (consid. 35).

On rappellera par ailleurs que, comme précisé par le paragraphe 3 de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *dans la mesure où [cette dernière] contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* ».

Ainsi, les droits prévus à l'article 6 de la Charte et qui garantissent à toute personne le « *droit à la liberté et à la sûreté* » correspondent à ceux qui sont garantis par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il en résulte que « *les limitations qui peuvent légitimement leur être apportées ne peuvent excéder les limites permises par la Cour européenne des droits de l'homme dans le libellé même de l'article 5* » (Explications relatives à la charte des droits fondamentaux, 14 décembre 2017, 2007/C 303/02, p.3).

Partant, la validité des dispositions de l'article 8 de la directive « Accueil » s'apprécie au regard des exigences du droit à la liberté et à la sûreté tel que garanti par l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interprété à la lumière de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Prise de position de l'avocate générale Eleanor Sharpston dans l'affaire CJUE, 26 janvier 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15, §58)

Il convient ainsi de s'interroger sur le point de savoir si les hypothèses listées au paragraphe de l'article 8 de la directive « Accueil » sont susceptibles de relever de l'une des exceptions admissibles au droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 6 de la Charte interprété à l'aune de l'article 5 de la Convention (Prise de position de l'avocate générale Eleanor Sharpston dans l'affaire CJUE, 26 janvier 2016, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15, §59, §116).

Par la même, c'est seulement en tant qu'elles peuvent relever de l'une des exceptions au droit à la liberté et à la sûreté admises par l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que les dispositions de l'article 8 de la directive « Accueil » doivent être interprétées.

Méconnait ainsi tout à la fois l'article 8 de la directive « Accueil », l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne et l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la mesure de rétention administrative qui, bien que s'inscrivant dans les hypothèses prévues au paragraphe 3 de l'article 8 de la directive, ne relève en réalité d'aucune des exceptions fixées à l'article 5 de la Convention.

3. Cela étant posé, on rappellera qu'aux termes de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;

b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;

c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;

d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;

e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. *Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.*

4. *Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.*

5. *Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation. »*

Comme la Cour le rappelle régulièrement, « *les alinéas a) à f) de l'article 5 § 1 de la Convention renferment une liste exhaustive des motifs autorisant la privation de liberté ; une privation de liberté n'est donc pas régulière si elle ne relève pas de l'un de ces motifs* », soulignant que « *seule une interprétation étroite de la liste exhaustive des motifs admissibles de privation de liberté cadre avec le but de l'article 5 : assurer que nul ne soit arbitrairement privé de sa liberté (voir, par exemple, Inseher c. Allemagne [GC], nos 10211/12 et 27505/14, § 126, 4 décembre 2018).* » (CEDH, Cour (Grande Chambre), 1er juin 2021, *Denis et Irvine c. Belgique* n° 62819/17;63921/17, §124).

Compte tenu du caractère exhaustif des dispositions du premier paragraphe de l'article 5 de la Convention, ces dernières ne sauraient s'interpréter comme autorisant la recherche d'un juste équilibre entre le droit à la liberté individuelle et l'intérêt de l'Etat à protéger sa population, y compris contre la menace terroriste, dès lors qu'une telle argumentation « *contredit non seulement la jurisprudence de la Cour relative à l'alinéa f) de l'article 5 § 1, mais aussi le principe voulant que les alinéas a) à f) de cette disposition contiennent une liste exhaustive des exceptions au droit à la liberté et que seule une interprétation étroite de celles-ci soit compatible avec les buts poursuivis par cet article* » (CEDH, Cour (GC), 19 février 2009, *A. et a. c. Royaume-Uni*, n°3455/05, §171).

Pour le dire autrement, « *lorsqu'une détention sort des limites de ces alinéas fixées par la jurisprudence de la Cour, on ne peut l'y ramener en invoquant la nécessité de mettre en balance les intérêts de l'Etat et ceux des*

détenus » (CEDH, Cour (GC), 19 février 2009, *A. et a. c. Royaume-Uni*, n°3455/05, §171).

Parmi ces exceptions au droit à la liberté et à la sûreté, deux appellent certaines précisions.

3.1. S'agissant de l'exception prévue au c) du premier paragraphe de l'article 5 de la Convention, elle concerne en substance une privation de liberté en matière pénale.

Comme la Cour européenne des droits de l'homme a pu le juger, « *ce motif de détention ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne ou une catégorie de personnes qui se révèlent dangereuses par leur propension continue à la délinquance* », mais « *se borne à ménager aux Etats contractants le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée* » (CEDH, Cour (5^{ème} Sect.), 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, n° 19359/04, §89). Ainsi, le c) du premier paragraphe de l'article 5 ne vise donc que la privation de liberté dans le cadre d'une procédure pénale (CEDH, Cour (5^{ème} Sect.), 7 mars 2013, *Ostendorf c. Allemagne*, n°15598/08, §85).

La Cour rappelle par ailleurs que le paragraphe 1 c) de l'article 5 « *permet exclusivement des privations de libertés ordonnées dans le cadre d'une procédure pénale* ». Cela ressort de son libellé qu'il faut lire en combinaison avec d'une part l'alinéa a) et d'autre part le paragraphe 3, avec lequel il forme un tout (CEDH, Cour (3^{ème} Sect.), 24 mars 2005, *Epple c. Allemagne*, n° 77909/01, §35) et qui précise notamment qu'une telle exception au droit à la liberté et à la sûreté suppose que la personne concernée « *[soit] aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure* ».

Partant, la privation de liberté d'une personne ne saurait être justifiée au regard des dispositions du c) du paragraphe premier de l'article 5 de la Convention que dans le cadre d'une procédure pénale diligentée pour des faits précis préalablement à l'intervention de l'autorité judiciaire.

3.2. S'agissant ensuite de l'exception prévue au f) du premier paragraphe de l'article 5 de la Convention, elle concerne en substance la détention des ressortissants étrangers dans deux hypothèses, soit pour empêcher

l'intéressé de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, soit lorsque cette personne fait l'objet d'une procédure d'éloignement.

S'agissant du second volet du f) du paragraphe 1 de l'article 5, la Cour rappelle régulièrement que « *la privation de liberté au titre de l'article 5 § 1 f) n'est acceptable que tant que la procédure d'extradition est en cours* », en conséquence « *si cette procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cessera d'être autorisée en vertu de l'article 5 § 1 f)* » (CEDH, Cour (Première Section), 10 déc. 2020, *Shiksaitov c. Slovaquie*, n° 56751/16;33762/17, §56).

Pour apprécier ainsi si la rétention relève des cas visés par le f) du paragraphe 1 de de l'article 5, la Cour recherche ainsi l'existence « *d'un lien étroit entre la mise en détention du requérant et la possibilité de l'éloigner du territoire* » de l'Etat concerné (CEDH, Cour (Première Section), 7 juin 2011, *R. U. c. Grèce*, n° 2237/08, §95 ; CEDH, Cour (Première Section), 25 sept. 2012, *Ahmade c. Grèce*, n° 50520/09, § 143).

La rétention d'un étranger ne peut donc être permise que si une procédure d'extradition ou d'éloignement est « en cours » comme l'indique le f) du §1 précité.

A ce titre, dans l'affaire *Nabil et a. contre Hongrie*, après avoir rappelé que « *la détention "en vue de l'expulsion" ne peut se justifier que tant que l'expulsion est en cours et qu'il existe une perspective réelle de l'exécuter (paragraphe 29 ci-dessus)* », la Cour a également précisé qu'une « *procédure d'asile en cours n'implique pas en tant que telle que la détention n'était plus "en vue de l'expulsion" - puisqu'un éventuel rejet des demandes d'asile aurait pu ouvrir la voie à l'exécution des mesures d'expulsion* » (CEDH, Cour (2nde Sect.), 22 septembre 2015, *Nabil et a. c. Hongrie*, n°62116/12, §38).

Cependant, dans cette affaire, les requérants étaient entrés irrégulièrement sur le territoire hongrois avant d'être arrêtés par les autorités les 5 et 6 novembre 2011, date à laquelle leur expulsion a été ordonnée. Ce n'est que postérieurement à cette décision d'expulsion, le 9 novembre 2011, que les intéressés ont déposé une demande d'asile (CEDH, Cour (2nde Sect.), 22 septembre 2015, *Nabil et a. c. Hongrie*, n°62116/12, §§ 7-9). Si la procédure en vue de l'éloignement des requérants a ainsi été jugé « en cours » en dépit de leur demande d'asile, laquelle faisait obstacle à leur éloignement, c'est uniquement dans la mesure où elle avait été formellement engagée par une décision d'expulsion intervenue préalablement au dépôt des demandes d'asile.

Ainsi, pour qu'une procédure d'éloignement soit « en cours », il faut une décision d'éloignement. La seule circonstance que la personne concernée soit en situation irrégulière et qu'elle se trouve entre les mains de l'administration ne peut caractériser une procédure d'éloignement « en cours » ; moins encore, la seule circonstance que la personne ait présenté une demande de titre de séjour ou une demande d'asile dont le traitement pourrait conduire l'administration à prendre une décision d'éloignement ne peut permettre de considérer qu'une procédure d'éloignement, dont le déclenchement lui-même reste hypothétique, est en cours.

Et s'il a pu être retenu que la détention d'un étranger peut se justifier aux fins du second volet de l'article 5 § 1 f) lorsque les autorités compétentes procèdent à une enquête en vue de l'extradition de l'intéressé, quand bien même il n'y aurait eu formellement aucune demande ni aucun arrêté d'extradition (Com. EDH, X. c. Suisse, 9 décembre 1980, req. n° 9012/8), cette solution, qui émane de la seule commission de l'époque, est propre à la matière très particulière de l'extradition. L'extradition est un mécanisme de coopération internationale en matière pénale qui donne nécessairement lieu, comme le prévoient d'ailleurs plusieurs traités comme la Convention européenne d'extradition, à des demandes d'arrestation provisoire avant la présentation de la demande d'extradition. Or, dans l'affaire en question la Commission a pris soin de caractériser la coopération qui avait déjà débuté entre les services de police des deux Etats dans l'affaire ayant donné lieu à la détention lorsque cette dernière a été ordonnée.

En définitive, il résulte du f) du paragraphe premier de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que des ressortissants étrangers ne peuvent être privés de liberté que dans deux hypothèses spécifiques et exhaustives prises, pour l'une, de ce qu'il s'agit d'empêcher l'intéressé de pénétrer irrégulièrement dans le territoire et, pour l'autre, de la rétention d'une personne contre laquelle une procédure d'éloignement est en cours, ce qui suppose une décision d'éloignement et, en amont, sur le droit au séjour ou le droit d'asile de la personne concernée.

4. La Cour de justice de l'Union européenne a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de certaines des exceptions prévues à l'article 8 de la directive « Accueil » avec les dispositions de l'article 5 de la Convention.

4.1. Dans les conclusions qu'elle a prise pour l'affaire *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, madame l'avocate générale Eleanor Sharpston a précisé que « seul le déroulement d'une procédure d'expulsion ou d'extradition justifie une privation de liberté à ce titre, et ce pour autant que ladite procédure est menée avec la diligence requise » (prise de position de l'avocate générale Eleanor Sharpston présentée le 26 janvier 2016 dans l'affaire CJUE, C-601/15, *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, §123, soulignement ajouté).

L'exigence d'un « déroulement » en cours d'une procédure d'éloignement ou d'extradition vient confirmer que cette procédure doit avoir été initiée, ce qui suppose une décision sur cet éloignement et, en amont, sur le droit au séjour ou – sauf hypothèse où la demande est présentée après cette décision – sur la demande d'asile présentée par la personne concernée.

Et dans l'arrêt *J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* en question, la Cour de justice, en formation de grande chambre, a retenu que l'arrêt précité *Babil et a. c. Hongrie* de la Cour européenne des droits de l'homme « *n'a pas exclu la possibilité pour un État membre de procéder, dans le respect des garanties qu'elle prévoit, au placement en rétention du ressortissant d'un pays tiers à l'encontre duquel une décision de retour assortie d'une interdiction d'entrée a été prise avant le dépôt d'une demande de protection internationale* », limitant ainsi la portée de cette décision à la seule situation dans laquelle une décision d'éloignement a déjà été adoptée.

4.2 Dans ses conclusions dans l'affaire *K. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, l'avocate générale Eleanor Sharpston a également examiné la compatibilité du a) et du b) de l'article 8 de la directive « Accueil », en tant qu'ils permettent le placement en rétention d'un demandeur d'asile respectivement « *pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité* » et « *pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur* », avec les exigences de l'article 5 de la Convention, plus précisément le premier volet du f) de son paragraphe premier (conclusions de l'avocate générale Eleanor Sharpston présentées le 4 mai 2017 dans l'affaire CJUE C-18/16, *K. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, §83).

Si elle a reconnu que ces dispositions n'étaient pas, par principe, incompatibles, c'est en retenant que le placement en rétention du demandeur

d'asile avait eu lieu au moment où l'intéressé a tenté d'entrer sur le territoire de l'Union :

« 83. Il s'ensuit que la première partie de l'article 5, paragraphe 1, sous f), de la CEDH a vocation à s'appliquer en tant qu'exception à la règle générale garantissant la liberté des demandeurs d'asile qui ne font pas l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire de l'Union. En principe, il n'est pas incompatible avec cette disposition ni, partant, avec l'article 6 de la Charte de placer en rétention un demandeur d'asile au moment où il tente d'entrer sur le territoire de l'Union pour établir ou vérifier son identité [article 8, paragraphe 3, sous a), de la directive « accueil »]. De même, il n'est pas incompatible avec cette disposition de placer en rétention un demandeur pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande qui ne pourraient pas être obtenus sans le placer en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite [article 8, paragraphe 3, sous b), de la directive « accueil »]. » (nous soulignons)

5. Il s'évince de tout ce qui précède que, pour être conforme aux dispositions de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 8 de la directive « Accueil » n°2013/33/UE doit être interprété comme ne permettant une mesure de rétention d'un demandeur d'asile que si :

- elle est prise « *lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige* » (art. 8, §3, e)), ce qui suppose l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société et, soit qu'une procédure pénale soit en cours, soit qu'une procédure d'expulsion ou d'extradition soit déjà en cours au moment où l'intéressé est placé en rétention, ce qui suppose qu'une décision d'éloignement ait été prise ;
- elle est prise « *pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité* » (art. 8, §3, a)) ou « *pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur* » (art. 8, §3, b)), ce qui suppose que le demandeur d'asile ait été placé en rétention au moment où il a tenté d'entrer sur le territoire de l'Union afin de relever des cas prévus par le paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

6. Dans le cas présent, le décret contesté et l'article L.523-1 du CESEDA pour l'application duquel il a été adopté ont été pris en vue de parfaire la transposition de l'article 8 de la directive « Accueil » n°2013/33/UE.

En effet, les dispositions du d) de l'article 8 visant les demandes d'asile dilatoires - c'est-à-dire présentées uniquement en vue de retarder ou d'empêcher l'exécution de la décision de retour – ont déjà été transposées en droit interne à l'article L. 754-3 (ex. L.556-1) du CESEDA (v. CE, 7^{ème}/2^{ème} CHR, 6 mai 2019, *M. B...*, n° 416088, aux T.) qui permet le maintien en rétention de l'étranger ayant sollicité l'asile alors même qu'il était déjà retenu en vue de son éloignement « *si la France est l'État responsable de l'examen de la demande d'asile et si l'autorité administrative estime, sur le fondement de critères objectifs, que cette demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la décision d'éloignement* ».

Par les dispositions attaquées, il est question de transposer les a), b) et e) de la directive « Accueil » visant respectivement les hypothèses de rétention des demandeurs d'asile « *pour établir ou vérifier son identité* » (a), ; « *pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a un risque de fuite du demandeur* » (b) et « *lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige* » (e) (v. présentation de l'amendement).

L'article R.523-9 du CESEDA créé par le décret contesté et l'article L.523-1 prévoient ainsi deux nouvelles hypothèses de placement en rétention des étrangers en situation irrégulière sur le territoire français ayant sollicité l'asile à savoir :

- lorsque le comportement du demandeur « *constitue une menace à l'ordre public* » et « *sous réserve qu'une mesure d'assignation à résidence ne suffise pas à faire face à une telle menace* », transposant ainsi le e) du paragraphe 3 de l'article 8 ;
- lorsque la demande d'asile a été présentée « *à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L. 521-1* », « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile* » et « *lorsqu'il présente un risque de fuite* », transposant ainsi le b) du paragraphe 3 de l'article 8.

On l'a vu, pour être conforme, l'article 8 de la directive « Accueil » interprété en conformité avec l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 5 de la Convention, exige que les hypothèses de placement en rétention d'un demandeur d'asile relèvent des exceptions fixées à l'article 5 précité qui supposent, s'agissant d'une personne déjà présente sur le territoire, qu'une décision d'éloignement ait été prise à son encontre.

Force est de constater que tel n'est pas le cas en l'espèce.

7. S'agissant de la première hypothèse prise ce que l'autorité administrative peut placer en rétention le demandeur d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public sous réserve qu'une mesure d'assignation à résidence ne suffise pas à faire face à une telle menace, on a vu qu'elle avait pour objet de transposer le e) du paragraphe 3 de l'article 8 de la directive « Accueil » si bien que, pour être conforme à cette disposition telle qu'interprétée à l'aune de l'article 6 de la charte et de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme détaillé *supra* (cf. §4.1), elle doit se rattacher aux exceptions prévues aux c) ou au f) de l'article 5 de la Convention et donc supposer, soit que cette rétention repose sur l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société, s'inscrive dans une procédure pénale précise et conduise à la présentation de l'intéressé à l'autorité judiciaire, soit qu'elle ait lieu au moment où l'intéressé tente de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ou qu'elle s'inscrive dans le cadre d'une procédure d'éloignement déjà en cours au moment où il a déposé sa demande d'asile.

Or, tel n'est pas le cas.

En effet, les articles L.523-1 et R.523-9 du CESEDA se contentent d'indiquer que, pour pouvoir être placé en rétention administrative, le demandeur d'asile concerné doit présenter un comportement qui « *constitue une menace à l'ordre public* », laquelle est appréciée à l'issue d'une évaluation individuelle.

En l'absence de précisions apportées, notamment par le décret contesté, sur ce que recouvrirait une telle menace, le dispositif s'écarte ainsi de la notion d'ordre public telle que consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne, à savoir « *en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue*

toute infraction à la loi, l'existence d'une menace réelle, actuelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».

Mais surtout, comme le montrent les termes de la loi et les travaux parlementaires, la rétention administrative de l'étranger pourra être mise en œuvre sur la seule constatation de sa situation irrégulière et de ce qu'il a présenté une demande d'asile sans même qu'une décision d'éloignement n'ait été prise à son encontre.

Là où il ne fait nul doute que la mesure de rétention ainsi prévue en cas de menace à l'ordre public ne peut être regardée comme se rattachant aux exceptions prévues au c) et au f) du § 1 de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Plus précisément, s'agissant de celle prévue au f) et de son premier volet, les dispositions attaquées ne sauraient être regardées comme visant à empêcher l'intéressé de pénétrer irrégulièrement dans le territoire et, s'agissant du second volet, on soulignera que l'article L.523-1 du CESEDA introduit par l'article 41 de la loi Immigration avait initialement pour objet d'« éviter le détournement de la procédure de demande d'asile par des étrangers en situation irrégulière », alors que « certains étrangers en situation irrégulière [utiliseraient] la demande d'asile, lors de leur interpellation ou à l'approche de leur levée d'écrou, pour faire obstacle à l'édiction d'une OQTF ou à son exécution » et que « ces situations se [rencontreraient] généralement pour des profils évocateurs de risques de troubles à l'ordre public (sortants de prison, interpellés...) » (présentation de l'amendement). Or, force est de constater qu'en permettant la rétention administrative de tout demandeur d'asile dont le comportement constitue une menace à l'ordre public, les articles L.523-1 et R.523-9 du CESEDA se sont fortement éloignés de cet objectif initial.

De surcroît, l'article R.523-13 du CESEDA prévoit qu'« en cas de décision de rejet, d'irrecevabilité ou de clôture de la demande d'asile, lorsque l'étranger fait l'objet d'une décision d'éloignement conformément au livre VI, les titres III et IV du livre VII sont applicables. ». Les dispositions attaquées peuvent donc être regardées d'autant moins comme instituant une rétention administrative qui s'inscrirait dans une procédure d'éloignement qu'elles prévoient que cette dernière ne pourra, hypothétiquement, être mise en œuvre qu'ultérieurement.

Ainsi, à supposer que l'objectif poursuivi par le législateur ait été de garantir l'exécution des procédures d'éloignement, dans le cas où cet

éloignement serait ordonné après que le demandeur d'asile ait été débouté de sa demande, il n'en demeurerait pas moins que la législation adoptée conduit à ce qu'une mesure de rétention administrative soit mise en œuvre alors qu'aucune décision d'éloignement n'a été prise, qu'une telle décision est à ce stade purement hypothétique et qu'aucune procédure d'éloignement n'est donc en cours.

Il résulte de ce qui précède que les dispositions législatives en cause ne sauraient être regardées comme se rapportant aux exceptions au droit à la liberté prévues au f) du paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Partant, dès lors que la rétention administrative d'un demandeur d'asile en cas de menace à l'ordre public telle que prévue par l'alinéa premier de l'article L.523-1 du CESEDA ne peut relever d'aucune des exceptions prévues au premier paragraphe de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cette disposition doit être considérée comme contraire au e) du paragraphe 3 de l'article 8 de la directive « Accueil ».

En conséquence, le premier alinéa de l'article R.523-9 du CESEDA doit être regardé comme privé de base légale en conséquence de ce que le premier alinéa de l'article L.523-1 de ce même code est contraire à l'article 8 de la directive « Accueil » tel qu'interprété conformément à l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (**première branche**).

8. S'agissant ensuite de la seconde hypothèse prise ce que l'autorité administrative peut placer en rétention le demandeur d'asile lorsqu'il y a un risque de fuite de ce dernier sur la base d'une évaluation individuelle et afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande, on a vu qu'elle avait pour objet de transposer le b) du paragraphe 3 de l'article 8 de la directive « Accueil » si bien que, pour être conforme à cette disposition telle qu'interprétée à l'aune de l'article 6 de la charte et de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales comme détaillé supra (cf. §4.2), elle doit se rattacher aux exceptions prévues au f) de l'article 5 de la Convention et donc supposer que cette rétention soit prononcée au moment où le demandeur tente d'entrer sur le territoire de l'Union, voire dans le cadre d'une procédure d'éloignement mise en œuvre à son encontre.

Or, tel n'est pas le cas.

8.1. Premièrement, pour les mêmes raisons qu'évoquées précédemment, la mesure de rétention d'un demandeur d'asile prévue aux fins de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande ne peut être regardée comme se rattachant à l'exception prévue au premier volet du f) de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales visant à empêcher l'intéressé de pénétrer irrégulièrement dans le territoire alors même qu'elles concernent des étrangers qui sont déjà présents sur le territoire et s'y maintiennent de manière irrégulière.

8.2. Deuxièmement, elle ne peut pas plus être regardée comme se rattachant à l'exception prévue au second volet du f) de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales alors même que, comme exposé *supra*, le décret contesté ne prévoit aucunement que de telles mesures privatives de liberté s'inscriraient dans le cadre d'une procédure d'éloignement déjà en cours au moment où l'intéressé a déposé sa demande d'asile.

Il résulte de ce qui précède que les dispositions attaquées ne sauraient être regardées comme se rapportant aux exceptions au droit à la liberté prévues à au f) du paragraphe 1 de l'article 5 de la CEDH.

Partant, dès lors que les modalités de rétention administrative d'un demandeur d'asile aux fins de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande et lorsqu'il existe un risque de fuite telles que prévues par les deuxièmes alinéas des articles L.523-1 et R.523-9 du CESEDA ne peuvent se rattacher à aucune des exceptions prévues au premier paragraphe de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elles ne peuvent être considérées comme la transposition conforme du b) du paragraphe 3 de l'article 8 de la directive « Accueil ».

En conséquence, le second alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA est contraire aux dispositions de l'article 8 de la directive « Accueil » tel qu'interprété conformément à l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales si bien qu'il ne peut trouver à s'appliquer et que le deuxième alinéa de l'article R.523-9 du CESEDA pris pour son application est privé de base légale (**seconde branche**).

9. Si le Conseil d'Etat venait à considérer qu'il existe une difficulté réelle et sérieuse d'interprétation des dispositions de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte) dite « directive accueil », il y aurait lieu, en application de l'article 267 du Traité sur l'Union européenne, qu'une question préjudicielle soit adressée à la Cour de justice de l'Union européenne qui pourrait être libellée ainsi :

« Les dispositions de l'article 8, paragraphe 3 de la directive 2013/33/UE dite « directive Accueil », interprétées au regard de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doivent-elles être interprétés comme autorisant une législation qui permet, lorsqu'une mesure d'assignation à résidence est insuffisante et au terme d'une appréciation au cas par cas, le placement en rétention administrative d'un demandeur d'asile à la seule condition que son comportement constitue une menace à l'ordre public et sans qu'une décision d'éloignement n'ait été prise à son encontre ».

L'annulation du décret s'impose encore.

IV] Sur la perte de base légale résultant de la déclaration d'inconstitutionnalité du second alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA

1. Conformément à l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Dans ce prolongement, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de de les remettre en cause en écartant, pour la solution de ce litige, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions fixées par le Conseil constitutionnel (CE, 13 mai 2011, n° 316734, Lebon p. 211).

En conséquence, le justiciable qui bénéficie de la déclaration d'inconstitutionnalité est fondé à soutenir que la disposition réglementaire, prise en application des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles, est privée de base légale et à en demander l'annulation pour excès de pouvoir (CE, 30 mai 2018, n° 400912).

2. Il devra en conséquence être jugé que le décret attaqué se trouve en partie privé de base légale par suite de la déclaration d'inconstitutionnalité du second alinéa de l'article L.523-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui sera prononcée sur la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par mémoire distinct par les exposants.

L'annulation s'impose ici encore.

V] **Sur l'absence de base légale de l'article R.531-23 du CESEDA du fait de la contrariété de l'article L.531-24 du CESEDA avec le paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE en ce qu'il prévoit que la demande d'asile est instruite selon la procédure accélérée en dehors des cas prévus par la directive**

1. S'agissant des modalités d'examen d'une demande d'asile, la directive « Procédures » n°2013/32/UE du 26 juin 2013 souligne en préambule que « *dans des circonstances bien définies, lorsqu'une demande est susceptible d'être infondée ou s'il existe des préoccupations graves liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public, les États membres devraient pouvoir accélérer la procédure d'examen, notamment en instaurant des délais plus courts, mais raisonnables, pour certaines étapes de la procédure, sans préjudice de la réalisation d'un examen approprié et exhaustif et de l'accès effectif du demandeur aux garanties et principes fondamentaux prévus par la présente directive* » (consid. 20).

Elle définit ensuite au paragraphe 8 de son article 31 ces hypothèses prises du caractère potentiellement infondé de la demande ou de l'existence de préoccupations graves liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public permettant aux États membres d'accélérer une procédure d'examen :

- a) *le demandeur n'a soulevé, en soumettant sa demande et en exposant les faits, que des questions sans pertinence au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions requises pour obtenir le statut de bénéficiaire d'une protection internationale en vertu de la directive 2011/95/UE; ou*
- b) *le demandeur provient d'un pays d'origine sûr au sens de la présente directive; ou*
- c) *le demandeur a induit les autorités en erreur en ce qui concerne son identité et/ou sa nationalité, en présentant de fausses indications ou de faux documents ou en dissimulant des informations ou des documents pertinents qui auraient pu influencer la décision dans un sens défavorable; ou*
- d) *il est probable que, de mauvaise foi, le demandeur a procédé à la destruction ou s'est défait d'un document d'identité ou de voyage qui aurait aidé à établir son identité ou sa nationalité; ou*
- e) *le demandeur a fait des déclarations manifestement incohérentes et contradictoires, manifestement fausses ou peu plausibles qui contredisent des informations suffisamment vérifiées du pays d'origine, ce qui rend sa demande visiblement peu convaincante quant à sa qualité de bénéficiaire d'une protection internationale en vertu de la directive 2011/95/UE; ou*
- f) *le demandeur a présenté une demande ultérieure de protection internationale qui n'est pas irrecevable conformément à l'article 40, paragraphe 5; ou*
- g) *le demandeur ne présente une demande qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision antérieure ou imminente qui entraînerait son éloignement; ou*
- h) *le demandeur est entré ou a prolongé son séjour illégalement sur le territoire de l'État membre et, sans motif valable, ne s'est pas présenté aux autorités ou n'a pas présenté une demande de protection internationale dans les délais les plus brefs compte tenu des circonstances de son entrée; ou*
- i) *le demandeur refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales conformément au règlement (UE) no 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) no 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives (12); ou*

- j) *il existe de sérieuses raisons de considérer que le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'État membre, ou le demandeur a fait l'objet d'une décision d'éloignement forcé pour des motifs graves de sécurité nationale ou d'ordre public au regard du droit national.* »

En pareilles hypothèses, les États membres peuvent ainsi fixer des délais plus courts pour procéder à l'examen des demandes d'asile, ces délais devant en tout état de cause demeurer « raisonnables » (directive 2013/32/UE, art. 31, §9).

2. Transposant ces dispositions en droit interne, la section 2 du chapitre I du titre III du livre V du CESEDA prévoyait, dans sa version antérieure à la loi « Immigration » du 26 janvier 2024, que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides statuait en procédure accélérée dans les cas suivants :

- lorsque le demandeur provenait d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr au sens de l'article L. 531-25 (CESEDA, art. L.531-24, 1°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au b) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque le demandeur a présenté une demande de réexamen qui n'est pas irrecevable (CESEDA, art. L.531-24, 2°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au f) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque le demandeur est maintenu en rétention en application de l'article L. 754-3 (CESEDA, art. L.531-24, 3°) - c'est-à-dire « si la France est l'État responsable de l'examen de la demande d'asile et si l'autorité administrative estime, sur le fondement de critères objectifs, que cette demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la décision d'éloignement » -, correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au g) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque le demandeur a présenté de faux documents d'identité ou de voyage, fourni de fausses indications ou dissimulé des informations ou des documents concernant son identité, sa nationalité ou les modalités de son entrée en France afin de l'induire en erreur ou a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes (CESEDA, art. L.531-26, 1°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au c) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;

- lorsque le demandeur n'a soulevé à l'appui de sa demande que des questions sans pertinence au regard de la demande d'asile qu'il formule (CESEDA, art. L.531-26, 2°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au a) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque le demandeur a fait à l'office des déclarations manifestement incohérentes et contradictoires, manifestement fausses ou peu plausibles qui contredisent des informations vérifiées relatives au pays d'origine (CESEDA, art. L.531-26, 3°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au e) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque le demandeur refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales (CESEDA, art. L.531-27, 1°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au i) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque, lors de l'enregistrement de sa demande, le demandeur présente de faux documents d'identité ou de voyage, fournit de fausses indications ou dissimule des informations ou des documents concernant son identité, sa nationalité ou les modalités de son entrée en France afin d'induire en erreur l'autorité administrative ou a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes (CESEDA, art. L.531-27, 2°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au c) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque, sans motif légitime, le demandeur qui est entré irrégulièrement en France ou s'y est maintenu irrégulièrement n'a pas présenté sa demande d'asile dans le délai de quatre-vingt-dix jours à compter de son entrée en France (CESEDA, art. L.531-27, 3°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au h) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque, le demandeur ne présente une demande d'asile qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement (CESEDA, art. L.531-27, 4°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au g) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque la présence en France du demandeur constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat (CESEDA, art. L.531-27, 5°), correspondant ainsi à l'hypothèse prévue au j) du paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures » ;
- lorsque le demandeur est assigné à résidence ou placé en rétention en application de l'article L. 753-1 – c'est-à-dire lorsqu'il fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français en application de l'article 131-30 du code pénal ou d'une interdiction

administrative du territoire français - sans préjudice des cas prévus aux c ou d du 2° de l'article L. 542-2 (CESEDA, art. L.531-27, 6°).

En pareilles hypothèses, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides statuait ainsi dans un délai réduit de quinze jours (CESEDA, art. R.531-23) voire de quatre-vingt-seize heures dans les cas prévus au 3° de l'article L.531-24, c'est-à-dire en cas de rétention du demandeur dont la demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la décision d'éloignement, et au 6° de l'article L.531-27, c'est-à-dire lorsque le demandeur est assigné à résidence ou placé en rétention parce qu'il fait l'objet d'une décision d'expulsion, d'une peine d'interdiction du territoire français ou d'une interdiction administrative du territoire français (CESEDA, art. L.531-29).

3. Dans le cas présent, outre d'avoir prévu de nouveaux cas d'assignation à résidence ou de rétention administrative des demandeurs d'asile, l'article 41 de la loi « Immigration » en date du 26 janvier 2024 a précisé les modalités d'examen de ces demandes.

En effet, il a prévu au nouvel article L.523-4 du CESEDA que *« sans préjudice de l'article L. 754-2, la demande d'asile de l'étranger assigné à résidence ou placé en rétention sur le fondement de l'article L. 523-1 est examinée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides selon la procédure accélérée, conformément au 3° de l'article L. 531-24 »*.

A ce titre, l'article 41 de la loi « Immigration » a modifié le 3° de l'article L.531-24 du CESEDA qui prévoit désormais que *« l'Office français de protection des réfugiés et apatrides statue en procédure accélérée dans les cas suivants [...] 3° Le demandeur est assigné à résidence ou placé en rétention en application de l'article L. 523-1 ou maintenu en rétention en application de l'article L. 754-3 »*.

Ainsi, depuis l'adoption de la loi « Immigration », l'OFPRA ne statue plus, dans le cadre de la procédure accélérée, dans un délai réduit de 96 heures dans la seule hypothèse où le demandeur est maintenu en rétention en application de l'article L.754-3 parce que sa demande est présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la décision d'éloignement, mais également lorsque l'intéressé est assigné à résidence ou placé en rétention administrative parce que son comportement constitue une menace à l'ordre public (CESEDA, art. L.523-1, al.1) ou, lorsque le demandeur a présenté sa demande à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L. 521-1, et ce, afin de

déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile (CESEDA, art. L.523-1, al.2).

Pour l'application de ces dispositions, le décret contesté est venu modifier à son article 2 l'article R.531-23 du CESEDA qui dispose désormais que :

« Lorsque l'Office français de protection des réfugiés et apatrides examine une demande d'asile en procédure accélérée, il statue dans un délai de quinze jours à compter de l'introduction de la demande.

Lorsqu'un étranger placé ou maintenu en rétention présente une demande d'asile dans les conditions prévues aux articles L. 754-2 et L. 754-3 et lorsqu'un demandeur d'asile est assigné à résidence ou placé en rétention en application de l'article L. 523-1, la demande est examinée par l'office dans un délai de quatre-vingt-seize heures à compter de sa réception. »

Ainsi, il résulte du dispositif introduit par l'article R.531-23 et les articles L.524-4 et L.523-24 du CESEDA issus de l'article 41 de la loi « Immigration » ainsi que de son décret d'application du 8 juillet 2014 que l'OFPRA est tenue de statuer dans le cadre de la procédure accélérée dans un délai de quatre-vingt-seize heures à compter de la réception d'une demande d'asile lorsque le demandeur est assigné à résidence ou placé en rétention en application de l'article L. 523-1 parce que son comportement constitue une menace à l'ordre public (al.1) ou lorsque le demandeur a présenté sa demande à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L. 521-1, et ce, afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile (al.2).

Ces dispositions encourent la censure à plusieurs égards.

3.1 En premier lieu, l'article R.523-23 du CESEDA permet qu'une demande d'asile soit examinée dans le cadre de la procédure au seul motif que le demandeur est assigné à résidence ou placé en rétention administrative parce que son comportement constitue une menace à l'ordre public ou, lorsqu'il a présenté sa demande à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L. 521-1, et ce, afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile.

Or, ces hypothèses ne se rattachent à aucune de celles prévues au paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures ».

(i) En effet, s'agissant de la circonstance que le comportement du demandeur « *constitue une menace à l'ordre public* », on constatera qu'elle vise des situations bien plus larges que celles mentionnées au j) du paragraphe 8 de l'article 31 qui exige qu'« *il existe de sérieuses raisons de considérer que le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'État membre* ».

(ii) S'agissant ensuite de l'hypothèse prévue au second alinéa de l'article L.523-1 du CESEDA selon laquelle un demandeur d'asile peut être assigné à résidence ou placé en rétention administrative lorsqu'il a présenté sa demande « *à une autorité administrative autre que celle mentionnée à l'article L. 521-1* », « *afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande d'asile* » et « *lorsqu'il présente un risque de fuite* », force est de constater qu'elle se fonde sur des circonstances – nature de l'autorité saisie de la demande, objectif de l'assignation à résidence – étrangères à celles listées au paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures ».

Ce faisant, pour avoir soumis l'examen des demandes d'asile des étrangers assignés à résidence ou placés en rétention sur le fondement de l'article L. 523-1 alors que les hypothèses prévues par ce dernier ne se rattachaient à aucune de celles prévues par le paragraphe 8 de l'article 31 de la directive « Procédures », les articles L.523-4 et L.531-24 du CESEDA méconnaissent le paragraphe 8 précité et ne peuvent qu'être censurés si bien que l'article R.523-23 du CESEDA pris pour leur application se trouve privé de base légale (**cinquième moyen, première branche**).

3.2 En premier lieu, en prévoyant qu'il soit statué sur les demandes d'asile des étrangers assignés à résidence ou placés en rétention sur le fondement de l'article L. 523-1 du CESEDA dans un délai de quatre-vingt-seize heures, l'article R.523-23 a prévu un délai que l'office ne pourra que rarement honoré rendant par la même son dispositif dénué de toute pertinence.

En effet, il est prévu que l'OFPPRA statue sur la demande d'asile qui lui est soumise dans un délai de quatre-vingt-seize heures, y compris lorsque le demandeur est assigné à résidence.

Or, ce délai se révèle manifestement insuffisant pour convoquer l'intéressé à un entretien, réaliser ce dernier puis examiner le récit du demandeur et les documents qu'il produit afin d'apprécier la pertinence de sa demande.

On soulignera par ailleurs que le nouvel article L.523-5 du CESEDA précise que « *si l'Office français de protection des réfugiés et apatrides considère qu'il ne peut examiner la demande selon la procédure accélérée mentionnée à l'article L. 523-4 ou s'il reconnaît à l'étranger la qualité de réfugié ou lui accorde le bénéfice de la protection subsidiaire, il est mis fin à la mesure prise sur le fondement de l'article L. 523-1* ».

Concrètement, le dispositif introduit par l'article 41 de la loi « Immigration » du 26 janvier 2024 et son décret d'application du 8 juillet 2024 permet d'assigner à résidence un demandeur d'asile pour statuer dans un délai de quatre-vingt-seize heures qui se révèle impossible à respecter si bien qu'il y a lieu de mettre fin à la mesure d'assignation.

Partant, le dispositif est ainsi voué à conduire à des mesures d'assignation à résidence tout à fait inutiles dès lors que vouées à être mise à terme faute de pouvoir respecter le délai précité de quatre-vingt-seize heures.

C'est ainsi au prix d'une erreur d'appréciation que le délai de quatre-vingt-seize heures prévu par les articles L.531-24 et R.523-23 du CESEDA a pu être considéré comme « raisonnable » au sens du paragraphe 9 de l'article 31 de la directive « Procédures » pour pouvoir accélérer l'instruction d'une demande d'asile dont l'auteur est assigné à résidence. Contraire aux dispositions de l'article 31 précité, l'article L.531-24 du CESEDA ne peut trouver application, privant de base légale l'article R.523-23 (**cinquième moyen, seconde branche**).

L'annulation s'impose toujours.

VI] Sur la méconnaissance par l'article R. 531-2 du CESEDA des exigences constitutionnelles du droit d'asile en ce qu'il prévoit, à peine d'irrecevabilité, qu'un étranger placé en rétention administrative en application de l'article L. 523-1 du CESEDA dispose d'un délai de cinq jours à compter de la notification de la décision de placement en rétention pour introduire sa demande d'asile complète auprès de l'Office

1. Antérieurement à l'adoption de la loi « Immigration » du 26 janvier 2024, le CESEDA prévoyait déjà les modalités selon lesquelles les étrangers placés en rétention administrative pouvaient déposer une demande d'asile. L'article L.754-1 (ex. L.551-3) du CESEDA précisait ainsi :

« La demande d'asile d'un étranger placé ou maintenu en rétention n'est pas recevable si elle est formulée plus de cinq jours après qu'il s'est vu notifier ses droits en matière d'asile dans les conditions prévues à l'article L. 744-6. Toutefois, cette irrecevabilité n'est pas opposable à l'étranger qui invoque, au soutien de sa demande, des faits survenus après l'expiration de ce délai.

L'irrecevabilité de la demande d'asile peut être opposée par l'autorité administrative lorsque cette demande a été présentée par un étranger, en provenance d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr en application de l'article L. 531-25, au-delà des cinq premiers jours de rétention dans le seul but de faire échec à l'exécution effective et imminente de la décision d'éloignement. »

Ainsi, l'intéressé disposait d'un délai de cinq jours à compter de son arrivée au centre de rétention administrative et de la notification qui lui y est faite des droits qu'il est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile pour déposer une demande complète (CESEDA, art. L.744-6, ex. L.551-3).

Saisie de l'effectivité des recours exercés en France par des ressortissants étrangers dont l'éloignement était en cours, pour faire valoir un grief tiré de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné, dans son arrêt *I. M. contre France* les conséquences qu'implique ce délai réduit :

« 144. La Cour observe que le classement en procédure prioritaire de la demande du requérant a induit des conséquences substantielles quant au déroulement de la procédure. Ainsi, le délai

imparti au requérant pour présenter sa demande a été réduit de vingt et un à cinq jours, sous peine, en cas de non-respect, de rejet pour tardiveté. La Cour relève le caractère particulièrement bref et contraignant d'un tel délai, s'agissant pour le requérant de préparer, en rétention, une demande d'asile complète et documentée en langue française, soumise à des exigences identiques à celles prévues pour les demandes déposées hors rétention selon la procédure normale (voir également à ce sujet les recommandations du CPT et du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, paragraphes 77 à 79).

145. De plus, pour la Cour, les difficultés rencontrées par le requérant ont été fortement aggravées par le facteur linguistique, aucune interprétation n'étant prise en charge à ce stade. La Cour constate que, si le requérant a eu recours à la CIMADE, seule association présente dans le centre de rétention administrative de Perpignan, celle-ci n'a pu fournir qu'une assistance limitée.

146. Enfin, la Cour ne peut que souligner que le placement en rétention ne permet pas, dans un délai aussi bref, de rassembler, par l'intermédiaire de contacts extérieurs, tous les éléments susceptibles d'appuyer et de documenter une demande d'asile, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une première demande. Tel a été le cas du requérant qui, lors de l'entretien devant l'OFPRA, s'est trouvé dans l'impossibilité de fournir les éléments demandés quant à son origine ethnique et à la provenance darfourie de sa famille. Or, comme cela ressort du compte rendu d'entretien et de la décision rendue par l'OFPRA, ces éléments ont été déterminants lors de l'examen de la demande du requérant, considérée pour l'essentiel comme étant fondée sur des déclarations très imprécises, voire erronées. C'est en effet dans le cadre d'une motivation très succincte que la décision de l'OFPRA, rendue le jour même du déroulement de l'entretien avec le requérant, se borne à relever les incohérences du récit ainsi que l'absence d'éléments probants. » (CEDH, 2 février 2012, I. M. contre France, n°9152/09)

Comme souligné par Guillaume Odinet, si le délai de cinq jours ainsi prévu pour déposer une demande d'asile en rétention a pu être regardé comme étant excessivement bref par la Cour européenne des droits de l'homme, c'est au regard d'autres facteurs « *liés pour l'essentiel au classement automatique de [la] demande en procédure prioritaire, à la brièveté des délais de recours (...) et aux difficultés matérielles et procédurales d'apporter des preuves alors que le requérant se trouvait en détention ou en rétention* » dont la jurisprudence et le législateur ont tenu compte afin de tirer les conséquences de

la condamnation de la France par la CEDH, notamment en prévoyant à l'article L. 551-3 (nouv. L.754-1 et L.744-6) du CESEDA que l'étranger peut bénéficier d'une assistance juridique et linguistique aux fins de présenter une demande d'asile et que l'irrecevabilité résultant du non-respect du délai de cinq jours n'est pas opposable à l'étranger qui invoque, au soutien de sa demande, des faits survenus après l'expiration de ce délai (conclusions de Guillaume Odinet lues sous CE, 2^{ème}/7^{ème} CHR, 28 mai 2021, M. L..., n°447407, nous soulignons).

2. Le caractère suffisant du délai de cinq jours prévu, à peine d'irrecevabilité, pour déposer une demande d'asile en rétention administrative s'apprécie ainsi eu égard à l'ensemble des garanties encadrant cette demande.

A ce titre, si le Conseil constitutionnel a pu considérer que le délai de cinq jours prévu par les dispositions précitées était conforme à la Constitution (2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*) et permettait de concilier le respect du droit d'asile et, en évitant des demandes de caractère dilatoire, la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, qui participe de la sauvegarde de l'ordre public c'est après avoir relevé « que l'étranger devait être pleinement informé du délai durant lequel une demande d'asile peut être formulée, que le délai ne couvre pas la période éventuellement passée dans un lieu de rétention autre qu'un centre de rétention et qu'en toute hypothèse l'éloignement d'un étranger à destination d'un pays où il est exposé à une menace pour sa vie ou sa liberté ou à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention EDH est interdit, le Conseil a jugé que la disposition n'était pas contraire à la Constitution » (conclusions de Guillaume Odinet lues sous CE, 2^{ème}/7^{ème} CHR, 28 mai 2021, M. L..., n°447407, nous soulignons).

Le Conseil constitutionnel a notamment relevé qu'il « *résulte de la référence spécialement faite par le législateur à la catégorie particulière des "centres" de rétention au V de l'article 35 bis que le délai de cinq jours mentionné par cette disposition ne couvre pas la période éventuellement passée en rétention par un étranger dans un local d'une autre nature* » (2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, §58).

Si ce délai de cinq jours ne doit commencer à courir qu'à compter de l'arrivée du demandeur dans un centre de rétention administrative c'est parce que, conformément à l'article R. 744-20 du CESEDA, est présente dans chacun de ces centres une personne morale ayant pour mission d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits.

A l'inverse, aucune assistance juridique de ce type n'est prévue dans les autres lieux de rétention administrative, notamment les locaux de rétention prévus à l'article R.744-8 du CESEDA.

Partant, il résulte de tout ce qui précède que si le délai de cinq jours laissé, à peine d'irrecevabilité, à un étranger placé en rétention administrative pour déposer une demande d'asile complète ne méconnaît pas l'exigence constitutionnelle que constitue le droit d'asile c'est compte tenu de ce qu'il s'accompagne de garanties supplémentaires propres, notamment, à lui assurer une assistance juridique et linguistique suffisante de sorte qu'il puisse exercer effectivement ses droits.

3. Dans le cas présent, l'article R.531-2 du CESEDA tel que modifié par l'article 2 du décret contesté prévoit que

« A compter de la remise de l'attestation de demande d'asile selon la procédure prévue à l'[article R. 521-8](#), l'étranger dispose d'un délai de vingt et un jours pour introduire sa demande d'asile complète auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides.

Par dérogation au premier alinéa, lorsque la demande est enregistrée dans un pôle mentionné à l'[article L. 121-17](#), elle est introduite, dans ce pôle, auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides le même jour que l'enregistrement ou à une date ultérieure fixée par la convocation remise au demandeur lors du dépôt de sa demande.

Par dérogation au premier alinéa, lorsque l'étranger est placé en rétention administrative en application de l'[article L. 523-1](#), il dispose d'un délai de cinq jours à compter de la notification de la décision de placement en rétention pour introduire sa demande d'asile complète auprès de l'Office. Le calcul de ce délai est fondé sur la date et l'heure de la remise de la demande complète à l'autorité dépositaire. »

Ainsi, le demandeur d'asile placé en rétention administrative en application de l'article L.523-1 du CESEDA est amené à compléter sa demande d'asile dans un délai de cinq jours à compter de la notification de la décision de son placement en rétention.

Contrairement aux dispositions des articles L.754-1 et L.744-6, (ex. L. 551-3) du CESEDA, faute de faire spécialement référence à la catégorie particulière des « centres », le troisième alinéa de l'article R.531-2 du CESEDA a vocation à s'appliquer à l'ensemble des lieux de rétention administrative dont les centres de rétention (CRA) mais également les locaux de rétention administrative.

Or, comme exposé *supra*, ces locaux ne disposent pas, contrairement aux centres de rétention administrative, de la présence de personnes morales, le plus souvent d'associations, ayant pour mission d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits. D'ailleurs, contrairement à l'article L.744-6 du CESEDA, le troisième alinéa de l'article R.531-2 du CESEDA ne prévoit aucune assistance juridique et linguistique de l'intéressé.

Dans ces conditions, faute de n'être applicable que dans les centres de rétention administrative et, par la même, d'être entouré des garanties nécessaires pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers, l'article R.531-2 du CESEDA méconnait l'exigence constitutionnelle que constitue le droit d'asile en ce qu'il ne permet pas à l'intéressé, dans un délai aussi bref et en l'absence d'aide extérieure, de rassembler tous les éléments susceptibles d'appuyer et de documenter sa demande d'asile, alors même que ces derniers se révèlent déterminants dans l'examen de sa demande (**sixième moyen**).

L'annulation s'impose également de ce chef.

VII] Sur la méconnaissance par l'article R. 523-6 du CESEDA créé par le décret contesté des dispositions du paragraphe 4 de l'article 7 de la directive « Accueil » 2013/33/UE en ce qu'il exige des demandeurs d'asile assignés à résidence qu'ils sollicitent une autorisation pour se présenter devant les

autorités et les tribunaux lorsque leur présence y est nécessaire

1. Conformément aux dispositions de l'article 7 de la directive « Accueil » n°2013/33/UE :

« 1. Les demandeurs peuvent circuler librement sur le territoire de l'État membre d'accueil ou à l'intérieur d'une zone qui leur est attribuée par cet État membre. La zone attribuée ne porte pas atteinte à la sphère inaliénable de la vie privée et donne suffisamment de latitude pour garantir l'accès à tous les avantages prévus par la présente directive.

2. Les États membres peuvent décider du lieu de résidence du demandeur pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre public ou, le cas échéant, aux fins du traitement rapide et du suivi efficace de sa demande de protection internationale.

3. Les États membres peuvent prévoir que, pour bénéficier des conditions matérielles d'accueil, les demandeurs doivent effectivement résider dans un lieu déterminé fixé par les États membres. Ces décisions, qui peuvent être à caractère général, sont prises au cas par cas et fondées sur le droit national.

4. Les États membres prévoient la possibilité d'accorder aux demandeurs une autorisation temporaire de quitter le lieu de résidence visé aux paragraphes 2 et 3 et/ou la zone qui leur a été attribuée visée au paragraphe 1. Les décisions sont prises au cas par cas, objectivement et impartialement, et elles sont motivées lorsqu'elles sont négatives.

Le demandeur ne doit pas demander d'autorisation pour se présenter devant les autorités et les tribunaux si sa présence y est nécessaire.

5. Les États membres font obligation aux demandeurs de communiquer leur adresse aux autorités compétentes et de leur notifier tout changement d'adresse dans les meilleurs délais. »

Il résulte de ces dispositions, plus précisément des paragraphes 2 à 4, que les États membres peuvent limiter la possibilité, pour les demandeurs d'asile, de choisir leur lieu de résidence et exiger de ces derniers l'obtention d'une autorisation administrative préalable pour quitter ce lieu (CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo contre Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17, §63).

Toutefois, comme précisé au deuxième alinéa du paragraphe 4 de l'article 7 précité, la délivrance d'une autorisation ne peut être requise pour

permettre au demandeur d'asile de se présenter devant les autorités et les tribunaux si sa présence y est nécessaire.

Dit autrement, la liberté de circulation d'un demandeur d'asile assigné à résidence ne saurait être totalement limitée, notamment lorsqu'il est question pour lui de participer à l'instruction de sa demande en se rendant devant les autorités compétentes.

2. Dans le cas présent, le décret contesté prévoit à son article 1^{er} les hypothèses et modalités d'assignation à résidence des demandeurs d'asile. Il précise notamment au second alinéa du nouvel article R.523-6 du CESEDA que *« lorsque la présence du demandeur aux convocations de l'autorité administrative compétente et aux entretiens prévus aux titres II et III du présent livre nécessaires au traitement de sa demande est susceptible de méconnaître les obligations résultant de la mesure, l'autorité mentionnée au premier alinéa remet au demandeur un sauf-conduit sur demande de ce dernier, pour lui permettre de s'y rendre »*.

En d'autres termes, le décret contesté dispose expressément qu'un sauf-conduit, c'est-à-dire une autorisation de circuler, devra être remis au demandeur d'asile assigné à résidence, à sa demande, pour lui permettre de se rendre aux convocations de l'autorité administrative compétente et aux entretiens prévus aux titres II et III du livre V du CESEDA, c'est-à-dire ceux nécessaires à l'enregistrement de sa demande (livre V, titre II, chapitre I), à l'évaluation de la vulnérabilité du demandeur et de ses besoins particuliers (livre V, titre II, chapitre II), à l'examen de sa demande devant l'OFPRA, incluant notamment son examen médical et son entretien personnel (livre V, titre III, chapitre I) mais également au recours qu'il pourrait être susceptible de former devant la Cour nationale du droit d'asile (livre V, titre III, chapitre II).

Ce faisant, en exigeant des demandeurs d'asile assignés à résidence qu'ils sollicitent l'autorisation de pouvoir se rendre devant les autorités et les tribunaux lorsque leur présence y est nécessaire aux fins d'effectuer les démarches nécessaires à l'instruction de leur demande d'asile, le décret contesté méconnaît les dispositions du paragraphe 4 de l'article 7 de la directive « Accueil » n°2013/33/UE (septième moyen).

L'annulation s'impose encore.

VIII] Sur la méconnaissance par le second alinéa de l'article R.523-2 du CESEDA de l'article 4 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE en ce qu'il permet à une autre autorité que celle responsable de la détermination de prendre connaissance des éléments fondant une demande d'asile

1. Aux termes de l'article 4 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE :

« 1. Les États membres désignent pour toutes les procédures une autorité responsable de la détermination qui sera chargée de procéder à un examen approprié des demandes conformément à la présente directive. Les États membres veillent à ce que cette autorité dispose des moyens appropriés, y compris un personnel compétent en nombre suffisant, pour accomplir ses tâches conformément à la présente directive. »

En France, cette mission est dévolue à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, établissement public doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière et administrative placé auprès du ministre chargé de l'asile, compétent pour reconnaître la qualité de réfugié ou d'apatride, ou accorde le bénéfice de la protection subsidiaire aux personnes remplissant les conditions mentionnées au titre I ou au chapitre II du titre VIII du livre V (CESEDA, art. L.121-7).

Ainsi, l'OFPRA, en tant qu'autorité de détermination, peut apprécier les éléments fondant une demande d'asile, dont la confidentialité constitue au demeurant une garantie essentielle du droit d'asile si bien que seuls ses agents habilités à mettre en œuvre le droit d'asile, notamment par l'octroi du statut de réfugié, peuvent avoir accès à ces informations (Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, §26).

Par conséquent, l'autorité administrative compétente à d'autres titres, le préfet ou le ministre chargé de l'immigration, ne peut prendre connaissance de ces éléments. A titre d'exemple, s'il entend refuser l'entrée à un étranger qui se présente à la frontière et demande à bénéficier du droit d'asile en application de l'article L.352-1 du CESEDA notamment parce que sa demande est infondée - c'est-à-dire qui, au regard des déclarations faites par l'étranger et des documents le cas échéant produits, est manifestement dénuée de pertinence au regard des conditions d'octroi de l'asile ou manifestement dépourvue de toute

crédibilité en ce qui concerne le risque de persécutions ou d'atteintes graves - il ne peut le faire qu'après consultation de l'OFPRA (CESEDA, art. L.352-2).

En définitive, aucune autorité administrative à l'exception de l'OFPRA ne peut prendre connaissance des éléments fondant la demande d'asile quand bien même aux seules fins d'apprécier la recevabilité ou les modalités d'instruction de cette demande.

2. Dans le cas présent, le décret contesté prévoit au second alinéa de l'article R.523-2 du CESEDA que « *la décision d'assignation à résidence prise en application du dernier alinéa de l'article L. 523-1 à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière qui présente une demande d'asile est édictée sur la base d'une évaluation individuelle afin de déterminer les éléments sur lesquels se fonde sa demande* ».

En l'état actuel, la rédaction de ces dispositions semble permettre à l'autorité compétente pour assigner à résidence un demandeur d'asile, le préfet de département (CESEDA, art. R.523-1) de prendre connaissance des éléments sur lesquels se fonde la demande d'asile d'un ressortissant étranger au cours de l'évaluation individuelle de ce dernier afin de se prononcer sur la nécessité de l'assigner à résidence.

En tout état de cause, en l'absence de précision quant à la teneur de cette évaluation individuelle et notamment des éléments dont il appartient au préfet de tenir compte, il est fortement probable que ce dernier se fonde principalement sur les éléments d'information relatifs au demandeur, à son parcours et aux raisons à l'origine de sa demande alors même que ces derniers relèvent de la seule connaissance de l'OFPRA.

Ce faisant, le décret contesté méconnait les dispositions de l'article 4 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE en ce qu'il permet à une autre autorité que celle responsable de la détermination de prendre connaissance des éléments fondant une demande d'asile (**huitième moyen**).

L'annulation s'impose.

IX] Sur l'absence de base légale du décret contesté du fait de la contrariété de l'article L.523-6 du CESEDA avec l'article 28 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE

1. L'article 28 de la directive « Procédures » n°2013/32/UE prévoit que *« lorsqu'il existe un motif sérieux de penser qu'un demandeur a retiré implicitement sa demande ou y a renoncé implicitement, les États membres veillent à ce que l'autorité responsable de la détermination prenne la décision soit de clore l'examen de la demande, soit, pour autant que l'autorité responsable de la détermination considère la demande comme infondée sur la base d'un examen approprié de celle-ci quant au fond, conformément à l'article 4 de la directive 2011/95/UE, de rejeter celle-ci »*, étant alors précisé au deuxième paragraphe que :

« Les États membres font en sorte qu'un demandeur qui se présente à nouveau devant l'autorité compétente après qu'une décision de clôture de l'examen visée au paragraphe 1 du présent article a été prise ait le droit de solliciter la réouverture de son dossier ou de présenter une nouvelle demande qui ne sera pas soumise à la procédure visée aux articles 40 et 41.

Les États membres peuvent prévoir un délai d'au moins neuf mois à l'issue duquel le dossier du demandeur ne peut plus être rouvert ou la nouvelle demande peut être traitée en qualité de demande ultérieure et être soumise à la procédure visée aux articles 40 et 41. Les États membres peuvent prévoir que le dossier du demandeur ne peut être rouvert qu'une seule fois.

Les États membres veillent à ce qu'une telle personne ne soit pas éloignée en violation du principe de non-refoulement.

Les États membres peuvent autoriser l'autorité responsable de la détermination à reprendre l'examen au stade auquel il avait été interrompu. »

Ainsi, dès lors que la demande d'asile d'un ressortissant étranger n'a pas été rejetée comme infondée mais a seulement fait l'objet d'une décision de clôture en ce qu'il a pu être considéré que l'intéressé l'avait implicitement retirée faute d'avoir transmis les informations requises en temps voulu, ce dernier doit pouvoir bénéficier de la possibilité de solliciter la réouverture de son dossier et de se maintenir sur le territoire durant son instruction.

Ces dispositions ont été transposées en droit interne aux articles L. 531-36 à L. 531-40 du CESEDA.

L'article L.531-37 dispose ainsi que « *par dérogation à l'article L. 531-1, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides prend une décision de clôture lorsque l'étranger, sans motif légitime, n'a pas introduit sa demande auprès de lui* ». Il peut également le faire lorsque « *le demandeur, sans motif légitime, a introduit sa demande à l'office en ne respectant pas les délais prévus par décret en Conseil d'Etat et courant à compter de la remise de son attestation de demande d'asile ou ne s'est pas présenté à l'entretien à l'office* », « *le demandeur refuse, de manière délibérée et caractérisée, de fournir des informations essentielles à l'examen de sa demande en application de l'article L. 531-5* », « *le demandeur n'a pas informé l'office, dans un délai raisonnable, de son lieu de résidence ou de son adresse et ne peut être contacté aux fins d'examen de sa demande d'asile* », « *le demandeur a abandonné, sans motif légitime, le lieu où il était hébergé en application de l'article L. 552-8* » (CESEDA, art. L.531-38).

En toute hypothèse, si, dans un délai inférieur à neuf mois à compter de la décision de clôture prise en application des articles L. 531-37 ou L. 531-38, le demandeur d'asile sollicite la réouverture de son dossier ou présente une nouvelle demande, l'OFPPA rouvre le dossier et reprend l'examen de la demande au stade auquel il avait été interrompu (CESEDA, art. L.531-40).

Il résulte de ces dispositions que, si une décision de clôture prise en application des articles L. 531-37 ou L. 531-38 du CESEDA met fin au droit de l'étranger de se maintenir sur le territoire français, dans l'hypothèse où ce dernier obtient la réouverture de son dossier en application de l'article L. 531-40, il bénéficie alors à nouveau du droit de se maintenir sur le territoire (CESEDA, art. L.542-2, e)).

2. Dans le cas présent, l'article L.523-6 du CESEDA introduit par l'article 41 de la loi « Immigration » du 26 janvier 2024 dispose que :

« En l'absence d'introduction de la demande d'asile dans un délai de cinq jours à compter de la notification de la décision de placement en rétention ou en cas de décision de rejet ou d'irrecevabilité de la demande d'asile, la décision de placement en rétention prévue à l'article L. 523-1 peut se poursuivre pour le temps strictement nécessaire, qui ne peut excéder vingt-quatre heures, pour l'examen du droit de séjour de l'étranger et, le cas échéant, le prononcé, la notification et l'exécution d'une décision d'éloignement.

La poursuite du placement en rétention fait l'objet d'une décision écrite et motivée. Elle s'effectue dans les conditions prévues au titre IV du livre VII en cas de décision de clôture consécutive à l'absence d'introduction de la demande d'asile ou dans les conditions prévues au chapitre II du titre V du même livre VII en cas de décision de rejet ou d'irrecevabilité de la demande d'asile. »

Ainsi, un demandeur d'asile placé en rétention administrative dont la demande a fait l'objet d'une décision de clôture par l'OFPRA voit sa détention maintenue sous le régime applicable dans le cadre d'une procédure d'éloignement jusqu'à ce que cette dernière arrive à son terme.

Or, aucune disposition ne prévoit la possibilité pour l'intéressé de solliciter la réouverture de son dossier dont il a été rappelé *supra* qu'elle permet de suspendre la mesure d'éloignement en cours en octroyant à nouveau à l'intéressé le bénéfice du droit au maintien sur le territoire.

A ce titre, il ne saurait être soutenu que les étrangers visés par l'article L.523-6 du CESEDA peuvent toujours solliciter la réouverture de leur dossier sur le fondement de l'article L.531-40 du CESEDA alors même que, à supposer ces dispositions applicables en pareille hypothèse, le délai prévu de maximum neuf mois se révèle incompatible avec les circonstances propres à la situation des étrangers retenus administrativement en vue de leur éloignement.

Partant, en prévoyant ainsi que le maintien d'un demandeur d'asile en rétention s'opère sous le régime du titre IV du livre VII du CESEDA, c'est à dire dans le cadre d'une procédure d'éloignement, sans prévoir la possibilité pour l'intéressé de solliciter la réouverture de son dossier, l'article L.523-6 du CESEDA méconnaît les dispositions de l'article 28 de la directive « Procédures » n°2013/UE, notamment le troisième alinéa de son deuxième paragraphe en ce qu'il impose aux Etats membres de veiller à ce qu'un étranger qui sollicite la réouverture de son dossier de demande d'asile ne soit pas éloigné en violation du principe de non-refoulement.

Il devra en conséquence être jugé que le décret attaqué se trouve en partie privé de base légale en conséquence de la contrariété de l'article L.523-6 du CESEDA avec les dispositions précitées de la directive « Procédures » (**neuvième moyen**).

L'annulation est certaine.

SUR LES FRAIS IRRÉPÉTIBLES

Pour finir, eu égard aux frais qu'ils ont dû engager pour assurer la défense de leurs intérêts, les exposants sont également recevables et fondés à solliciter la condamnation de l'Etat à leur verser la somme de 5.000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

- **ANNULER** le décret attaqué,
- le cas échéant, **SURSOIR ET SAISIR**, la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante :

« Les dispositions de l'article 8, paragraphe 3 de la directive 2013/33/UE dite « directive Accueil », interprétées au regard de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doivent-elles être interprétés comme :

« Les dispositions de l'article 8, paragraphe 3 de la directive 2013/33/UE dite « directive Accueil », interprétées au regard de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doivent-elles être interprétés comme autorisant une législation qui permet, lorsqu'une mesure d'assignation à résidence est insuffisante et au terme d'une appréciation au cas par cas, le placement en rétention administrative d'un demandeur d'asile à la seule condition que son comportement constitue une menace à l'ordre public et sans qu'une décision d'éloignement n'ait été prise à son encontre ».

- **METTRE À LA CHARGE** de l'Etat le versement aux exposants d'une somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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