

CIMADE

64 rue Clisson
75013 Paris

GISTI

3 Villa Marcès
75011 Paris

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,
2 rue de Montpensier,
75001 Paris.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, **le Gisti (Groupe d'information et de soutien des immigrés) et la Cimade** ont l'honneur de vous déférer l'ensemble de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile telle qu'adoptée par le Parlement le 23 octobre 2007.

A l'appui de cette saisine, nous développons les griefs et moyens suivants à l'encontre, en particulier, des articles 1er, 2, 3, 6, 13, 14, 24, 25, 26, 28, 31, 41 et 47.

- **Contrôle du niveau de français :**

Article 1^{er}

Après l'article L. 411-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il est inséré un article L. 411-8 ainsi rédigé :

« Art. L. 411-8. - Pour lui permettre de préparer son intégration républicaine dans la société française, le ressortissant étranger âgé de plus de seize ans et de moins de soixante-cinq ans pour lequel le regroupement familial est sollicité bénéficie, dans son pays de résidence, d'une évaluation de son degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République. Si cette évaluation en établit le besoin, l'autorité administrative organise à l'intention de l'étranger, dans son pays de résidence, une formation dont la durée ne peut excéder deux mois, au terme de laquelle il fait l'objet d'une nouvelle évaluation de sa connaissance de la langue et des valeurs de la République. La délivrance du visa est subordonnée à la production d'une attestation de suivi de cette formation. Cette attestation est délivrée immédiatement à l'issue de la formation. Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application de ces dispositions, notamment le délai maximum dans lequel l'évaluation et la formation doivent être proposées à compter du dépôt du dossier complet de la demande de regroupement familial, le contenu de la formation, le nombre d'heures minimum que la formation doit compter ainsi que les motifs légitimes pour lesquels l'étranger peut en être dispensé. »

Article 10

L'article L. 211-2-1 du même code est ainsi modifié :

1° Après le premier alinéa, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« Sous réserve des conventions internationales, pour lui permettre de préparer son intégration républicaine dans la société française, le conjoint de Français âgé de moins de soixante-cinq ans bénéficie, dans le pays où il sollicite le visa, d'une évaluation de son degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République. Si cette évaluation en établit le besoin, les autorités mentionnées au premier alinéa organisent à l'intention de l'intéressé, dans le pays où il sollicite le visa, une formation dont la durée ne peut excéder quinze jours, au terme de laquelle il fait l'objet d'une nouvelle évaluation de sa connaissance de la langue et des valeurs de la République. La délivrance du visa est subordonnée à la production d'une attestation de suivi de cette formation. Cette attestation est délivrée immédiatement à l'issue de la formation. Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application de ces dispositions, notamment le délai maximum dans lequel l'évaluation et la formation doivent être proposées ainsi que les motifs légitimes pour lesquels l'étranger peut en être dispensé.

« Lorsque la demande de visa émane d'un étranger dont le conjoint de nationalité française établi hors de France souhaite établir sa résidence habituelle en France pour des raisons professionnelles, les dispositions du deuxième alinéa ne sont pas applicables, sauf si le mariage a été célébré à l'étranger par une autorité étrangère et n'a pas fait l'objet d'une transcription. » ;

2° Le début du deuxième alinéa est ainsi rédigé : « Outre le cas mentionné au deuxième alinéa, le visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois ne peut être refusé...(le reste sans changement) » ;

3° Le dernier alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Lorsque la demande de visa de long séjour émane d'un étranger entré régulièrement en France, marié en France avec un ressortissant de nationalité française et que le demandeur séjourne en France depuis plus de six mois avec son conjoint, la demande de visa de long séjour est présentée à l'autorité administrative compétente pour la délivrance d'un titre de séjour.

« Dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, par dérogation à l'article L. 311-1, le visa délivré pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois au conjoint d'un ressortissant français donne à son titulaire les droits attachés à la carte de séjour temporaire prévue au 4° de l'article L. 313-11 pour une durée d'un an. »

- Atteinte au droit de mener une vie familiale normale :

Depuis sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 (*loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*) le Conseil constitutionnel estime :

« 69. Considérant que le dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" ;
70. Considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ;
que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit ».

Il a constamment réaffirmé depuis ce droit de mener une vie familiale normale et ses implications en terme de faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs.

Certes, il estime aussi, depuis 1997, « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif à valeur constitutionnelle et les exigences de la liberté individuelle et du droit à une vie familiale normale » (Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 : *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*).

Dernièrement, appliquant ce principe, il a aussi estimé que « la procédure de regroupement familial établie par le livre IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est une garantie légale du droit des étrangers établis de manière stable et régulière en France à y mener une vie familiale normale ; que cette procédure ne méconnaît ni le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, ni le principe d'égalité, dès lors qu'elle fixe à cet égard des règles adéquates et proportionnées ; qu'en particulier, elle n'interdit pas de déroger à la règle selon laquelle le regroupement familial ne peut être demandé que pour des enfants résidant hors de France à la date de la demande » (Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005 LFSS 2006).

Chacune des restrictions envisagées dans le texte de loi déferé peut apparaître – en soi – légitime mais c'est le **cumul des conditions** mises à l'exercice du regroupement familial qui constitue une atteinte disproportionnée au droit à mener une vie familiale normale.

Elles viennent en effet s'ajouter aux **durcissements successifs** des conditions du regroupement familial depuis 2003.

En terme de délai, la période de formation de deux mois s'ajoute :

- aux **dix-huit mois** nécessaires avant de pouvoir formuler la demande (article L.411-1 du CESEDA) ;
- au délai nécessaire pour réussir à réunir l'ensemble des conditions nécessaires et des pièces nécessaires au dépôt du dossier¹ (parfois plusieurs années pour la condition de logement et de ressources) ;
- le délai nécessaire pour obtenir une convocation en préfecture afin de déposer la demande (**1 à 3 mois**) ;
- le délai d'instruction légal de **6 mois** « à compter du dépôt par l'étranger du dossier complet » ;
- le délai nécessaire pour obtenir un RDV au consulat pour formuler la demande de visa ;
- le délai d'instruction du visa par le service consulaire à compter de l'évaluation de la langue et des valeurs de la République (**plusieurs mois**).

Ainsi, concrètement, un cadre américain ou japonais bénéficiant d'une carte de séjour en France devra attendre 3 ou 4 ans pour que ses enfants – qui auront au préalable appris suffisamment le français – puissent le rejoindre régulièrement.

Afin d'apporter des garanties effectives équivalentes au droit communautaire (CE 8 février 2007, *Ass. Société Arcelor Atlantique*) et au droit européen des droits de l'homme, les garanties apportées par le législateur, sous le contrôle du conseil constitutionnel, doivent être **équivalentes à celles apportées par la CJCE** (v. CJCE 27 juin 2006, Aff. n°C-540/03, Parlement c/ Commission) et la CEDH (v. *infra*).

Or, la Cour EDH estime que la **durée d'une procédure** de reconnaissance du droit d'entrée au conjoint d'un étranger peut porter atteinte au droit au respect de la vie familiale. Et s'il a été considéré que le délai de six mois envisagé à l'origine pour la délivrance d'un permis d'entrée à l'épouse du requérant n'était pas d'une durée déraisonnable (Déc. Comm. EDH, 9 mars 1977, n° 7048/75, X c/ Royaume-Uni, DR 9, p. 42) que penserait la Cour d'un délai légal aussi long ? Et ce d'autant plus que la Cour ne s'attache pas, dans la garantie des droits de la Convention, aux délais théoriques (18 mois + 6 mois + 2 mois) mais aux **pratiques administratives effectives** (entre 2 et 4 ans).

L'ancienne Commission a également accepté d'examiner, sous l'angle de l'article 8, le grief du requérant ayant trait aux **carences de la procédure relative** à la mesure de refus d'entrée au Royaume-Uni prise à son encontre par le ministre de l'Intérieur (Comm. EDH, 12 sept. 1997, n° 24889/94, McCullough c/ Royaume-Uni).

On relèvera en outre que l'exigence d'une « *évaluation de son degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République* » s'ajoute à **l'ensemble des conditions restrictives** pour bénéficier d'un regroupement familial (âge, ressources stables et suffisantes

¹ http://www.social.gouv.fr/article.php3?id_article=778#demarches

indépendamment des prestations familiales, taille du logement, respect des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), dont **le cumul vide de sa substance le droit de mener une vie familiale normale.**

Enfin il est absurde d'exiger d'un enfant qu'il connaisse le pays d'accueil, sa langue et ses valeurs avant même d'y être effectivement accueilli et alors même que dans le cadre du contrat d'accueil et d'intégration il faut plusieurs mois pour acquérir. C'est aussi nier le rôle de « creuset français » de l'école républicaine.

Surtout si la conception de la famille sur laquelle repose *in fine* la loi est une conception héréditaire.

Or dans la jurisprudence de la Cour EDH, la notion de famille inclut, même en l'absence de cohabitation, le lien entre un individu et son enfant mineur, que ce dernier soit légitime (CEDH, 21 juin 1988, n° 10730/84, Berrehab c/ Pays-Bassérie A, n° 138, p. 14, § 21) ; et (CEDH, 19 févr. 1996, n° 23218/94, Gül c/ Suisse, Rec. 1996-I, pp. 173-174, § 32) ou **naturel** (CEDH, 24 avr. 1996, n° 22070/93, Boughanemi c/ France, Rec. 1996-II, pp. 607-608, § 35).

A l'occasion de l'affaire *Sen c/ Pays-Bas* (2001), la Cour a rappelé qu'« un enfant issu d'une union maritale s'insère de plein droit dans cette relation ; partant, dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe entre lui et ses parents un lien constitutif de vie familiale que des événements ultérieurs ne peuvent briser que dans des circonstances exceptionnelles » (CEDH, 21 déc. 2001, n° 31465/96, *Sen c/ Pays-Bas* Sect. I, § 28), v. également, CEDH, 21 juin 1988, n° 10730/84, Berrehab c/ Pays-Bas ; CEDH, 19 févr. 1996, n° 23218/94, Gül c/ Suisse et CEDH, 24 avr. 1996, n° 22070/93, Boughanemi c/ France préc.).

Ainsi, dans l'affaire *Sen c/ Pays-Bas* les époux Sen, de nationalité turque, s'étaient vu refuser l'octroi d'un permis de séjour pour leur fille (âgée de douze ans) restée en Turquie lorsque Mme Sen était venue rejoindre son mari, arrivé préadolescent aux Pays-Bas dans le cadre d'un regroupement familial. Renonçant à « analyser la question du seul point de vue de l'immigration, en comparant cette situation avec celle de personnes qui n'ont créé des liens familiaux qu'une fois établis dans leur pays hôte », la Cour se livre ici à un contrôle de proportionnalité.

Titulaires l'un d'un permis d'établissement et l'autre d'un permis de séjour en raison de son mariage, les époux Sen ont établi leur vie de couple dans le pays d'accueil où ils vivent légalement depuis de nombreuses années et où deux autres enfants sont nés et ont toujours vécu. Ils n'ont de ce fait pas ou peu de liens autres que celui de la nationalité avec leur pays d'origine. Considérant qu'il existait dès lors dans leur chef un obstacle majeur au transfert de la famille en Turquie, la Cour a jugé que la venue de la fille aînée des requérants aux Pays-Bas constituait *le moyen le plus adéquat* pour développer une vie de famille avec celle-ci, d'autant qu'il existait, *en raison de son jeune âge*, une exigence particulière de voir favoriser son intégration dans la cellule familiale de ses parents aptes et disposés à s'occuper d'elle. Dès lors, en ne laissant aux époux Sen que le choix d'abandonner la situation qu'ils avaient acquise aux Pays-Bas ou de renoncer à la compagnie de leur fille aînée, l'État défendeur a omis de ménager un juste équilibre entre les intérêts des requérants, d'une part, et son propre intérêt à contrôler l'immigration, de l'autre (CEDH, 21 déc. 2001, n° 31465/96, *Sen c/ Pays-Bas*).

Est-il besoin de préciser que la petite Sen ne maîtrisait pas la langue néerlandaise avant de bénéficier du regroupement familial ?

Afin d'apporter une garantie effective et efficace au droit de mener une vie familiale normale, le Conseil constitutionnel constatera l'atteinte disproportionnée par la disposition déferée qui s'ajoute aux autres dispositions restrictives introduites dans le CESEDA.

Cette atteinte est aggravée lorsqu'il s'agit de conjoints de Français qui, conformément à la tradition française en la matière, ont vocation à devenir Français (lois sur la nationalité de 1848, 1889, 1927, ordonnance de 1945).

- Atteinte au principe d'égalité de traitement et de non-discrimination :

Dans sa décision du 22 janvier 1990, le Conseil constitutionnel a affirmé le principe selon lequel si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, c'est « à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». De ce fait, « l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice [d'une allocation], « dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité » (Cons. const., Déc., 22 janv. 1990).

Dans sa décision du 13 août 1993 concernant la loi relative à la maîtrise de l'immigration (Cons. const., Déc., 13 août 1993, n° 93-325 DC), le Conseil a ajouté que « les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale » (70^e considérant).

Ainsi, il déclare contraire au principe d'égalité une disposition législative qui avait pour objet d'exclure de tout regroupement familial les étrangers en séjour temporaire pour études. Il estime en effet que cette exclusion n'est pas justifiée « au regard du caractère général que le Préambule de la Constitution de 1946 confère au droit au regroupement familial, par une différence par rapport à la situation des autres demandeurs potentiels » (74^e considérant).

Cette jurisprudence fait écho à la celle du Conseil d'État qui estime depuis 1978 qu'« il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, que les étrangers résidant régulièrement en France ont, **comme les nationaux**, le droit de mener une vie familiale normale » (CE, 8 déc. 1978, Gisti : Dr. soc. 1979, p. 57, concl. Doudoux).

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme dans celle du Conseil d'Etat, le droit à mener une vie familiale normale et le principe d'égalité de traitement entretiennent donc des liens étroits.

Or, les articles 1^{er} et 4 du texte déferé prévoient d'imposer *aux membres de famille rejoignants* âgés de plus de seize ans et de moins de 65 ans et aux *conjointes de Français* de moins de 65 ans dans le pays d'origine, une évaluation de leur degré de connaissance de la langue et des valeurs de la République. Si cette évaluation en établit le besoin, l'intéressé doit suivre une formation de deux mois, l'attestation de suivi de cette formation conditionnant le bénéfice du regroupement familial du visa dans le premier cas et la délivrance, dans le second.

Ces dispositions introduisent une **différence de traitement non justifiée entre les étrangers selon la langue maternelle, la culture d'origine et le niveau d'éducation** : elle produira des effets discriminatoires à l'encontre des étrangers non francophones,

appartenant à une culture non européenne et dont le niveau d'éducation et social rend plus difficilement maîtrisables les notions qu'on souhaite leur inculquer avant leur départ.

Aucune justification objective et raisonnable ne permet de fonder une telle différence de traitement.

La nécessité de préparer « l'intégration républicaine dans la société française » n'est pas pertinente car il s'agit d'un processus ethnologique ou sociologique qui, par essence, ne peut débiter **que lorsque la personne est immergée dans la communauté d'accueil**. La loi ne peut valablement assigner un impératif d'intégration à distance – en dehors du creuset français et de ses vecteurs d'intégration (école, travail, institutions, associations, etc.).

Certes, le Conseil constitutionnel a déjà reconnu que le respect des règles du regroupement familial apparaît utile pour assurer l'intégration des familles étrangères dans la société française mais la référence à cette notion concernait des étrangers déjà présents sur le territoire et qui sollicitaient la délivrance de la carte de résident (décision n°2003-484 DC du 20 novembre 2003). Elle ne peut être préalable à la venue et la socialisation en France.

Une **telle exigence n'est pas pertinente** eu égard à l'objet de la procédure de regroupement familial qui est de permettre aux étrangers de vivre en famille dans de bonnes conditions.

S'agissant des *conjointes de Français* cette discrimination se dédouble par le fait que le texte déferé (article 10) prévoit une dérogation au profit des conjoints de Français, établis hors de France et qui souhaitent établir leur résidence habituelle en France **pour des raisons professionnelles**.

Une telle dérogation créée une différence de traitement, non objectivement justifiée, entre conjoints de Français selon leur seul « souhait », c'est-à-dire **selon sur ses seules aspirations**. En outre, il n'y a **aucun rapport objectif** entre l'établissement d'un étranger pour raisons professionnelles et l'exercice du droit de mener une vie familiale normale qui justifierait une dérogation à l'exigence de préparation à l'intégration républicaine par l'acquisition préalable de la langue française et des valeurs de la République. Certes, les conjoints de Français ont le droit de travailler dès lors qu'ils accèdent à la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale ». Mais cela concerne l'ensemble des conjoints de Français et non seulement ceux qui souhaitent s'établir pour des raisons professionnelles.

La loi rend aussi considérablement plus difficile l'obtention d'un visa de long séjour par un conjoint de Français que par le conjoint, et les enfants, du titulaire d'une **carte « compétence et talents »** (article L.315-7 du CESEDA), **de « scientifique »** (L.313-11, 5° du CESEDA) ou **d'un ressortissant communautaire** (article L.121-1 du CESEDA, 4° et 5°).

Or, une telle différence de traitement ne repose sur aucune justification objective et raisonnable.

C'est d'ailleurs ce que note la CNCDH qui estime, dans son avis du 20 septembre, que le « dispositif prévu à l'égard des conjoint(e)s de Français(e)s est **incompatible avec le dispositif européen** prévu pour les membres de famille de ressortissant(e)s communautaires. En effet, s'agissant des membres de famille de communautaires, dès lors que le ressortissant communautaire qui réside en France remplit les critères d'un séjour régulier, son conjoint est autorisé de plein droit à séjourner en France, sans qu'il soit soumis à l'obligation de justifier d'un visa de long séjour, ni même d'une entrée régulière, encore moins de la maîtrise du Français ou de quelque considération de cette nature. Ainsi,

un ressortissant d'un Etat tiers conjoint d'un ressortissant portugais résidant en France, par exemple, a un statut plus favorable qu'un ressortissant d'un Etat tiers conjoint d'un Français. Au-delà de ce paradoxe, les Français dans cette situation subissent une discrimination et peuvent se prévaloir des stipulations des articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Ils font en effet l'objet d'un traitement différencié injustifié, quant à leur droit au respect de leur vie privée et familiale, par rapport aux ressortissants d'autres Etats membres ».

- Atteinte à l'intérêt supérieur des enfants :

Aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* ».

Ce principe particulièrement nécessaire à notre temps implique nécessairement que, dans toutes décisions des autorités publiques concernant des enfants, **l'intérêt supérieur des enfants constitue une considération primordiale.**

Or, comme le constate la défenseure des enfants, dans son avis du septembre 2007 sur le projet de loi Hortefeux :

« En application de l'article 4 du projet de loi, cette formation, serait dispensée par les réseaux des centres culturels et des Alliances françaises à l'étranger, gratuitement, mais avec des frais de dossier, ainsi que l'a indiqué le ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement, lors de son audition par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale. Or, il est peu probable que des jeunes gens, déjà fragilisés par l'absence de leurs parents, puissent, s'ils vivent loin de la capitale de leur pays, subvenir à leurs besoins pendant plusieurs semaines pour suivre cette formation et s'acquitter des frais de dossier exigés. Cette obligation risque de plus, de les mettre en situation de danger durant cette période, s'ils se retrouvent isolés et sans entourage familial.

Cette disposition est donc en contradiction avec l'article 9 de la CIDE, dans la mesure où elle introduit un obstacle à l'intérêt supérieur d'un mineur de rejoindre rapidement ses parents. Il serait plus adapté de prévoir une mise à niveau de la connaissance de la langue française à l'arrivée sur le territoire français dans un environnement familial sécurisant ».

Dans son avis du 20 septembre 2007, la CNCDH a relevé dans le même sens :

« Si l'apprentissage du français dès le pays d'origine peut apparaître de prime abord comme une mesure favorisant l'intégration des familles, ce dispositif semble toutefois faire double emploi avec l'obligation qui sera imposée aux bénéficiaires du regroupement familial de conclure un contrat d'accueil et d'intégration (CAI) une fois sur le territoire français, contrat qui prévoit lui aussi une formation linguistique et civique. De plus, il s'avère peu réaliste dans les faits et aurait au contraire pour conséquence d'exclure un nombre important de migrants.

3. La CNCDH s'interroge en effet sur les modalités pratiques d'application de cette disposition. Alors que dans le cadre du CAI, c'est l'ANAEM qui évalue le niveau de connaissance de la langue française, dans le cadre du regroupement familial quelle autorité sera chargée de cette procédure ? Si c'est aux autorités diplomatiques et consulaires que revient ce rôle, quels sont alors les moyens humains et matériels prévus à cet effet ? De plus, qu'en est-il des personnes demeurant loin du consulat dans leur pays ? Il existe un risque élevé que, dans la pratique, cette procédure subisse des dérives, et finisse par constituer un obstacle à l'exercice du droit de vivre en famille. De plus, les délais de formation prévus ne feront que s'ajouter aux longs délais d'attente et de séparation déjà en vigueur dans le cadre de l'actuelle procédure de regroupement familial. La seule impossibilité de suivre une formation dans le pays d'origine en raison du coût et/ou des distances sera susceptible d'entraîner des refus de délivrance de visa, ce qui n'est pas acceptable au regard des contraintes disproportionnées que cela impose et de la discrimination qui sera nécessairement engendrée par des simples questions d'accès »

- Violences conjugales et non renouvellement du titre de séjour de plein droit :

Article 14

La deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article L. 313-12 du même code est ainsi rédigée :

« Toutefois, lorsque la communauté de vie a été rompue en raison de violences conjugales qu'il a subies de la part de son conjoint, l'autorité administrative ne peut procéder au retrait du titre de séjour de l'étranger et **peut en accorder le renouvellement.** »

- Violation de la liberté personnelle, du droit à la vie privée et familiale normale et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine:

Aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* » et de son alinéa 4 « *Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ».

Comme l'a exprimé le Président de la République le soir de son élection, chaque femme martyrisée est à sa manière un « combattant de la liberté » qui devrait avoir le droit de trouver un accueil et une protection efficace en France contre les sévices dont elle fait l'objet - à défaut d'accéder « à la citoyenneté française ».

Or, en prévoyant la délivrance du titre de séjour temporaire « vie privée et familiale » (d'une durée maximale d'un an) ou la carte obtenue dans le cadre du regroupement familial, sans prévoir également *le renouvellement automatique* de ces titres de séjour le temps que la personne victime de ces violences puisse retrouver une situation stable, le texte déféré a porté **atteinte au droit à mener une vie familiale normale et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine**. Le législateur aurait dû placer le préfet en situation de compétence liée pour le renouvellement du titre de séjour.

La jurisprudence du Conseil d'Etat abonde pourtant de situation dans lesquelles des femmes ou des hommes « martyrisés », contraints de quitter leur conjoint pour cesser de subir des sévices, ne se voient pas renouveler leur titre de séjour annuel en raison de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et se retrouve par conséquent en situation irrégulière, privé de tout droit à mener une vie familiale normale.

Ainsi, dans l'affaire Widad A., le Conseil d'Etat estime que le préfet n'a pas inexactement apprécié la situation de l'intéressée en opposant un refus de renouvellement de son titre de séjour au motif de la rupture de la communauté de vie d'une conjointe d'un ressortissant français « compte tenu notamment de ce que l'intéressée, en France depuis moins de 15 mois à la date du refus opposé par le préfet, était en instance de divorce » . (CE, 24 mai 2006, n°275087, Mme Widad A. : AJDA, 15 juil. 2006, concl. De Silva).

Autrement dit, une femme ou un homme martyrisé n'a d'autre choix que rester au domicile conjugal et de subir ces sévices afin de ne pas perdre son droit au séjour plutôt que de prendre le parti de la liberté en quittant au plus tôt le conjoint violent et en divorçant.

La Cour européenne des droits de l'homme a aussi eu maintes fois l'occasion de rappeler que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, § 22). Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un

individu (*Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, arrêts *Burghartz*, avis de la Commission, § 47, et *Friedl c. Autriche*, 31 janvier 1995, § 45). Dans l'affaire *Pretty*, la Cour ajoute le droit à mener une vie privée comporte aussi « un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » de la CEDH (CEDH 29 avril 2002 *Pretty c/ Royaume-Uni*).

Elle estime aussi que la vie privée recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et que l'Etat a également l'obligation positive de reconnaître à ses ressortissants le droit au respect effectif de cette intégrité (*Glass c. Royaume-Uni*, (...), *Sentges c. Pays-Bas* (déc.), 8 juillet 2003, *Pentiacova et autres c. Moldova* (déc.), (...), *Nitecki c. Pologne* (déc.), 21 mars 2002, *Odièvre c. France* [GC], *mutatis mutandis*).

De manière convergente, la reconnaissance de ce **droit à l'autodétermination** par le Conseil constitutionnel permettrait aux étrangers victimes de violences conjugales de ne pas devoir continuer à subir ces sévices, et de risquer leur intégrité physique et personnelle et même leur vie afin de pouvoir renouveler leur titre de séjour.

Récemment la Cour européenne a souligné la nécessité pour les Etats de prévoir des **garanties procédurales** permettant d'assurer l'effectivité du droit à mener une vie privée et familiale normale (CEDH 20 mars 2007, *Tysiac c/ Pologne*, n°5410/03).

Pour toutes ces raisons, l'absence de renouvellement de plein droit du titre de séjour en cas de séparation en raison de violences conjugales est une atteinte intolérable et disproportionnée à la liberté personnelle, consacré par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et au droit de mener une vie familiale normale ainsi qu'une atteinte à la vie privée.

- **Sur la condition de ressources /regroupement familial/ personnes en situation précaire :**

Article 2

L'article L. 411-5 du même code est ainsi modifié :

1° La dernière phrase du 1° est remplacée par trois phrases ainsi rédigées :

« Les ressources doivent atteindre un montant qui tient compte de la taille de la famille du demandeur. Le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 441-1 fixe ce montant qui doit être au moins égal au salaire minimum de croissance mensuel et au plus égal à ce salaire majoré d'un cinquième. Ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la personne qui demande le regroupement familial est titulaire de l'allocation aux adultes handicapés mentionnée à l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale ou de l'allocation supplémentaire mentionnée à l'article L. 815-24 du même code. » ;

2° À la fin du 3°, les mots : « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » sont remplacés par les mots : « principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil ».

Article 3

La dernière phrase du premier alinéa du III de l'article L. 313-11-1 du même code est remplacée par deux phrases ainsi rédigées :

« Les ressources doivent atteindre un montant qui tient compte de la taille de la famille du demandeur. Un décret en Conseil d'État fixe ce montant qui doit être au moins égal au salaire minimum de croissance mensuel et au plus égal à ce salaire majoré d'un cinquième. »

- Atteinte disproportionnée au droit de mener une vie familiale normale :

En prévoyant que « Les ressources doivent atteindre un montant qui tient compte de la taille de la famille du demandeur » et que « le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 441-1 fixe ce montant qui doit être au moins égal au salaire minimum de croissance mensuel et au plus égal à ce salaire majoré d'un cinquième », le texte de loi déferé érige une entrave supplémentaire au droit de mener une vie familiale normale.

Pris isolément, cette mesure peut paraître objectivement justifiée. Néanmoins ajoutées à l'ensemble des autres conditions et délais nécessaires pour solliciter et obtenir un regroupement familial, elle constitue une **atteinte disproportionnée** à ce droit.

C'est la position défendue notamment par la défenseure des enfants dans son avis du 7 septembre, rendu sur saisine du Gisti et de la LDH².

Elle estime en effet que :

« S'il est légitime de se préoccuper des conditions matérielles dans lesquelles les enfants vont se trouver après le regroupement familial, cette nouvelle exigence a pour conséquence de contrevenir aux articles 9 et 10 de la CIDE, en empêchant certains enfants de retrouver rapidement leur(s) parent(s) alors qu'il s'agit de « leur intérêt supérieur ». (...) »

Cette disposition du projet de loi exige donc des familles étrangères qui demandent à être réunies avec leurs enfants des conditions de ressources qui seront, dans un certain nombre de situations, difficiles à réunir. Rappelons que 11,7 % de la population métropolitaine vit en dessous du seuil de pauvreté, soit 788 euros par mois : parmi elle, 20% des familles vivant en France avec 3 enfants se trouvent dans ce cas de figure (chiffres de l'INSEE).

Cette disposition relative aux conditions de ressources pour obtenir le regroupement familial est donc contraire à la Convention internationale des droits de l'enfant dans la mesure où elle ferait obstacle dans bon nombre de cas au « droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents ».

² <http://www.gisti.org/spip.php?article905>

Contraire à la convention internationale des droits de l'enfant, elle est aussi contraire à la Constitution française puisqu'on peut déduire du droit à mener une vie familiale normale, garantie par l'alinéa 11 du préambule de 1946, **le même droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses enfants.**

Dans le même sens, la CNCDH dans son avis du 20 septembre 2007³ a estimé que :

« Plus largement, on peut penser qu'en permettant d'exiger, selon la taille de la famille, jusqu'à 1,2 fois le SMIC - et ce alors même que la loi du 24 juillet 2006 avait déjà exclu les prestations familiales et les diverses allocations sociales de l'évaluation du montant des ressources - , le projet est susceptible d'entraîner des atteintes aux articles 3 et 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant , en empêchant des enfants de rejoindre leurs parents faute pour ceux-ci de justifier de ressources suffisantes. Comme l'avait suggéré la HALDE, l'évaluation de la suffisance et de la stabilité des ressources doit nécessairement se faire en fonction de la capacité de la famille de subvenir à ses besoins une fois le regroupement réalisé - prestations sociales et familiales comprises. Toute autre exigence constitue une atteinte manifeste aux droits des enfants concernés et, selon les cas, une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la situation de famille, l'origine nationale ou sociale, le handicap ou le sexe ».

Elle relève aussi que lors de la discussion de la loi du 24 juillet 2006 le Sénat s'était opposé à l'introduction de cette disposition sur la base de son caractère discriminatoire.

- Atteinte discriminatoire au droit de mener une vie familiale des personnes précaires :

En ajoutant que ces dispositions ne sont pas applicables « lorsque la personne qui demande le regroupement familial est titulaire de l'allocation aux adultes handicapés mentionnée à l'article L. 821-1 du code de la sécurité sociale ou de l'allocation supplémentaire mentionnée à l'article L. 815-24 du même code », le législateur paraît avoir pris en compte les recommandations de la HALDE et du défenseur des enfants quant à l'atteinte discriminatoire à l'encontre des personnes handicapées au droit de mener une vie familiale normale.

En effet, saisi par la Cimade, le collège de la HALDE a estimé que constitue une discrimination indirecte, en raison du handicap, la condition de ressources exigée pour bénéficier du regroupement familial car elle interdit *de facto* aux personnes handicapées bénéficiant de l'AAH la jouissance de ce droit à défaut de pouvoir justifier de ressources suffisantes (délibération n° 2006-285 du 11 décembre 2006⁴). Le collège avait alors recommandé au gouvernement « d'initier » la procédure de réforme de l'article L. 411-5 CESEDA.

C'est sur amendement parlementaire (amendement n°107 de Mme Hostalier), sur suggestions des associations⁵, que la dérogation au bénéfice des personnes bénéficiant de l'AAH et l'allocation supplémentaire d'invalidité a été introduite.

Néanmoins alors qu'un amendement plus large de Mme Hostalier avait été adopté le 19 septembre à 16 h 30 (« Cette condition de ressources n'est pas opposable au demandeur retraité ou

³ http://www.cncdh.fr/article.php?id_article=454

⁴ La HALDE relevait que les conditions de ressources imposées créent « une discrimination indirecte en raison du handicap en interdisant aux personnes handicapées concernées la jouissance du droit au regroupement familial et, par voie de conséquence, le droit au respect de la vie privée et familiale » (délibérations n° 2006-285 et n° 2006-286).

⁵ <http://www.aides.org/presse/communiqués/immigration-cp-20-09-07.php>

qui, en raison de trouble de santé invalidant ou d'un handicap, rencontre des restrictions dans l'accès à une activité professionnelle rémunérée. »), à 4h 30 du matin le gouvernement, sous un prétexte fallacieux, restreignait la disposition aux titulaires de l'AAH ou de l'allocation supplémentaire d'invalidité et excluant les personnes atteintes de maladies graves ou les personnes âgées ayant de faibles ressources⁶.

En outre, alors que le Sénat avait réintroduit la dérogation au bénéfice des étrangers titulaires de l'allocation de solidarité aux personnes âgées, la CMP l'a supprimé en invoquant paradoxalement « une risque d'inégalité entre les titulaires de cette allocation et les autres retraités percevant de faibles pensions ».

Ce faisant le législateur a commis une **erreur manifeste d'appréciation**. En effet, tout en reconnaissant que la situation des personnes âgées ayant de faibles ressources justifie qu'on ne puisse exiger d'eux le montant de l'article L.411-5 de CESEDA (au moins égal au salaire minimum de croissance mensuel et au plus égal à ce salaire majoré d'un cinquième) sinon ce serait irrémédiablement les exclure du bénéfice du regroupement familial et donc une atteinte à leur droit de mener une vie familiale normale, le Parlement les exclut finalement de cette dérogation au motif que « les autres retraités percevant de faibles pensions » devaient aussi en bénéficier.

A l'évidence, **l'ensemble des catégories d'étrangers ne pouvant solliciter le regroupement familial en raison de la précarité de leur situation** (handicap, état de santé, personnes âgées bénéficiant de faibles ressources, chômeurs en fin de droit, etc.) doivent nécessairement bénéficier de la même dérogation sinon le législateur porte **une atteinte discriminatoire et disproportionnée à leur droit de mener une vie familiale normale**.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter la recommandation rendue par la HALDE.

Une telle interprétation serait aussi conforme aux exigences de l'article 14 de la CEDH combiné à son article 8 (voir notamment CEDH, 30 sept. 2003, n°40892/98, *Koua Poirrez c/ France* ; CEDH, 25 oct. 2005, n° 58453/00, *Niedzwiecki c/ Allemagne* ; CEDH, 25 oct. 2005, n° 59140/00, *Okpysz c/ Allemagne*).

Pour les personnes âgées, les empêcher de faire bénéficier leur famille d'un regroupement familial est aussi, dans un certain nombre de cas, une atteinte à la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Là aussi la CNCDH dans son avis du 20 septembre a attiré l'attention sur « *la prise en compte de la question spécifique des travailleurs handicapés, ni de la question plus générale des populations particulièrement vulnérables (retraités, malades, invalides...) dont le niveau de ressources est bien souvent inférieur au SMIC et qui ont, encore plus que les autres, besoin d'être entourés de leurs proches* ».

Au bilan, comme le note la CNCDH, « *le projet de loi porte des restrictions au droit de mener une vie familiale normale incompatibles avec le principe d'égalité. La procédure de regroupement familial ainsi régulée est soumise à des conditions qui rendent son application aléatoire, voire discriminatoire* ».

⁶ <http://www.aides.org/presse/communiqués/immigration-cp-20-09-07.php>

- **Mise sous tutelle des allocations familiales en cas de non-respect de CAI :**

Article 6

Après l'article L. 311-9 du même code, il est inséré un article L. 311-9-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 311-9-1. – L'étranger admis au séjour en France et, le cas échéant, son conjoint préparent, lorsqu'un ou plusieurs enfants ont bénéficié de la procédure de regroupement familial, l'intégration républicaine de la famille dans la société française. À cette fin, ils concluent conjointement avec l'État un contrat d'accueil et d'intégration pour la famille par lequel ils s'obligent à suivre une formation sur les droits et les devoirs des parents en France, ainsi qu'à respecter l'obligation scolaire. Le président du conseil général est informé de la conclusion de ce contrat.

« En cas de non-respect des stipulations de ce contrat, manifesté par une volonté caractérisée de l'étranger ou de son conjoint, le préfet peut saisir le président du conseil général en vue de la mise en œuvre du contrat de responsabilité parentale prévue à l'article L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles.

« Lors du renouvellement de leur carte de séjour, l'autorité administrative tient compte du non-respect manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger et son conjoint, des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration pour la famille et, le cas échéant, des mesures prises en application du deuxième alinéa.

« Les conditions d'application de ces dispositions sont fixées par décret en Conseil d'État. »

La possibilité de suspendre ou de mettre sous tutelle les prestations familiales par un contrat de responsabilité parentale est **manifestement discriminatoire**, dans la mesure où elle n'est susceptible de toucher que des familles étrangères devant dorénavant suivre une formation sur « les droits et devoirs des parents ». En effet, il n'y a aucun rapport objectif et raisonnable entre le fait de ne pas respecter les stipulations du contrat d'accueil et d'intégration et la finalité de ces prestations.

Or, si le contrat d'accueil et d'intégration n'est pas respecté, le président du conseil général pourra être informé afin qu'il mette en œuvre les mesures prévues par le contrat de responsabilité parentale et notamment qu'il demande au directeur de la Caisse d'allocations familiales de suspendre le versement des allocations familiales et du complément familial (visées à L. 552-3 du Code de la sécurité sociale) ou saisisse le juge des enfants dans la perspective de mise sous tutelle des prestations familiales (référence à l'article 375-9-1 du code civil).

Ce n'est pas parce qu'une famille bénéficiaire d'un regroupement familial ne respecte pas les obligations du CAI (parmi lesquelles figure la maîtrise de la langue française) qu'elle s'occupe mal de ses enfants. Quant au non-respect des « droits et devoirs des parents en France », si cela justifie éventuellement, dans les conditions définies à l'article L.222-4-1 du code de l'action sociale et des familles, une action du président du conseil général, aucun motif objectif et raisonnable, en rapport avec l'objet de la mesure, ne justifie qu'il constitue une condition spécifique aux familles étrangères bénéficiaires d'un regroupement familial. Soit cela concerne l'ensemble des familles, françaises et étrangères, résidentes en France et bénéficiaires de prestations familiales et dans ce cas la disposition introduite dans le CESEDA est superfétatoire, soit cela concerne ces seules familles étrangères rejoignantes et dans ce cas le caractère discriminatoire de la mesure est indéniable.

L'article L. 222-4-1 prévoit en effet la saisine du Président du Conseil Général en cas de «difficulté liée à une carence de l'autorité parentale ». Le fait que les parents ne suivent pas une formation sur leurs droits et devoirs ne saurait en aucun cas être assimilé à une carence

de l'autorité parentale. Il s'agit en effet de manquements d'une particulière gravité dans la prise en charge et l'éducation des enfants, pour lesquels des procédures d'accompagnement social et éducatif ou des mesures de protection des enfants existent déjà pour l'ensemble des familles vivant en France, quelle que soit leur origine.

Or, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière comme de celle de la Cour de cassation concernant les allocations familiales, une telle restriction est manifestement contraire aux articles 14 et 8 de la CEDH et à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

C'est en tout cas ce qui résulte de la délibération n° 2006-288 du 11 décembre 2006 du collège de la HALDE et de l'avis de la Défenseure des enfants du 9 juin 2004 sur la question du versement de prestations familiales au bénéficiaire d'enfants entrés en dehors du regroupement familial ou encore de la délibération HALDE n°2006-192 du 18 septembre 2006 sur la carte « famille nombreuse » de la SNCF.

« Aucun motif raisonnable et objectif ne peut donc être opposé pour justifier la différence de traitement évoquée (...) au regard de la nature des prestations familiales (versées pour l'enfant et participant aux conditions de son éducation et de son développement) », a estimé la Haute autorité dans la délibération n° 2006-288, en référence à l'arrêt *Gaygusuz* (CEDH 1996) et à la jurisprudence de la Cour de cassation du 16 avril 2004.

Elle a d'ailleurs aussi fondé sa recommandation sur l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant – dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'aide médicale d'Etat (CE, 7 juin 2006, *Aides et Gisti*, n°285576) et de l'avis de la Défenseure des enfants.

Le raisonnement appliqué par le collège à propos du versement des prestations familiales paraît tout à fait transposable aux mesures critiquées de la loi déferée.

Dans son avis du 7 septembre 2007, la défenseure des enfants estime que:

« la saisine par le Préfet du Président du Conseil Général au seul motif que les parents n'auraient pas respecté la formation prévue par le contrat d'accueil et d'intégration « famille », ne saurait relever de l'article L. 222-4-1 du code de l'action sociale et des familles.

Reprenant ces mêmes arguments, la CNCDH estime que : *« La possibilité de suspendre ou de mettre sous tutelle les prestations familiales par un contrat de responsabilité parentale est discriminatoire, dès lors que la différence de traitement n'est pas fondée sur une justification objective et raisonnable comme l'exige la CEDH ou, pour reprendre la formule traditionnelle du Conseil Constitutionnel, que la différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Or, il n'y a aucun rapport objectif et raisonnable entre le fait de ne pas respecter les stipulations du contrat d'accueil et d'intégration et la finalité de ces prestations ».*

- **Recours à l'identification par empreintes génétiques pour apporter un élément de preuve de la filiation :**

Article 13

I. - L'article L. 111-6 du même code est complété par neuf alinéas ainsi rédigés :

« Le demandeur d'un visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois, ou son représentant légal, ressortissant d'un pays dans lequel l'état civil présente des carences, qui souhaite rejoindre ou accompagner l'un de ses parents mentionné aux articles L. 411-1 et L. 411-2 ou ayant obtenu le statut de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire, peut, en cas d'inexistence de l'acte de l'état civil ou lorsqu'il a été informé par les agents diplomatiques ou consulaires de l'existence d'un doute sérieux sur l'authenticité de celui-ci qui n'a pu être levé par la possession d'état telle que définie à l'article 311-1 du code civil, demander que l'identification du demandeur de visa par ses empreintes génétiques soit recherchée afin d'apporter un élément de preuve d'une filiation déclarée avec la mère du demandeur de visa. Le consentement des personnes dont l'identification est ainsi recherchée doit être préalablement et expressément recueilli. Une information appropriée quant à la portée et aux conséquences d'une telle mesure leur est délivrée.

« Les agents diplomatiques ou consulaires saisissent sans délai le tribunal de grande instance de Nantes pour qu'il statue, après toutes investigations utiles et un débat contradictoire, sur la nécessité de faire procéder à une telle identification.

« Si le tribunal estime la mesure d'identification nécessaire, il désigne une personne chargée de la mettre en oeuvre parmi les personnes habilitées dans les conditions prévues au dernier alinéa.

« La décision du tribunal et, le cas échéant, les conclusions des analyses d'identification autorisées par celui-ci sont communiquées aux agents diplomatiques ou consulaires. Ces analyses sont réalisées aux frais de l'État.

« Un décret en Conseil d'État, pris après avis du Comité consultatif national d'éthique, définit :

« 1° Les conditions de mise en oeuvre des mesures d'identification des personnes par leurs empreintes génétiques préalablement à une demande de visa ;

« 2° La liste des pays dans lesquels ces mesures sont mises en oeuvre, à titre expérimental ;

« 3° La durée de cette expérimentation, qui ne peut excéder dix-huit mois à compter de la publication de ce décret et qui s'achève au plus tard le 31 décembre 2009 ;

« 4° Les modalités d'habilitation des personnes autorisées à procéder à ces mesures. »

II. - Dans le premier alinéa de l'article 226-28 du code pénal, après les mots : « procédure judiciaire », sont insérés les mots : « ou de vérification d'un acte de l'état civil entreprise par les autorités diplomatiques ou consulaires dans le cadre des dispositions de l'article L. 111-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ».

III. - Une commission évalue annuellement les conditions de mise en oeuvre du présent article. Elle entend le président du tribunal de grande instance de Nantes. Son rapport est remis au Premier ministre. Il est rendu public. La commission comprend :

1° Deux députés ;

2° Deux sénateurs ;

3° Le vice-président du Conseil d'État ;

4° Le premier président de la Cour de cassation ;

5° Le président du Comité consultatif national d'éthique ;

6° Deux personnalités qualifiées, désignées par le Premier ministre.

Son président est désigné parmi ses membres par le Premier ministre.

Au-delà du principe même de permettre le recours à l'identification par empreinte génétique pour apporter un élément de preuve d'une filiation avec la mère afin de solliciter un visa de long séjour pour procéder à un regroupement familial qui a déjà été au préalable autorisé par la préfecture après intervention de l'ANAEM et de la mairie sur la foi de l'état civil présenté, la disposition de l'article 5bis encourt un certain nombre de critiques :

- Rupture d'égalité :

D'abord, en ne prévoyant que le recours à l'identification par empreinte génétique ne peut se faire qu'à l'égard de la mère prive de ce qu'il présente comme un « droit nouveau » et, en tout cas prive de toute chance d'obtenir le regroupement familial tous les enfants qui, pour des raisons diverses, ne peuvent y avoir recours: décès ou disparition de la mère, séparation conflictuelle entre la mère et le père qui solliciterait le regroupement, etc.

En outre, le législateur fait dépendre du **consentement d'un tiers** la réalisation d'un droit fondamental garanti par la Constitution. En effet, en cas de refus de la mère ou du représentant légal, l'enfant ne pourra bénéficier du regroupement familial compte tenu du prétendu « doute sérieux » sur l'authenticité de l'état civil.

- Insuffisance des garanties :

La disposition déferée n'apporte pas de garanties légales suffisantes notamment s'agissant de la prohibition de constitution de fichiers informatiques ou manuels des résultats de ces tests alors même qu'ils sont communiqués aux agents diplomatiques et consulaires.

Cette communication aux agents diplomatiques et consulaires est d'ailleurs **dénuées de pertinence**, au regard de l'objet de la disposition, compte tenu du fait que l'identification par empreinte génétique ne constitue qu'un élément de preuve de la filiation, à la disposition et à la discrétion du juge civil.

Seule la communication du jugement rendu par le tribunal d'instance de Nantes est pertinente.

- Complexité du dispositif :

Rarement disposition législative aura été aussi peu conforme à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Les étrangers seront confrontés à cette procédure longue et complexe, les obligeant à solliciter le recours au test ADN dont ils n'ont peut-être jamais entendu parler et à y consentir et trouvant leur état civil déferé à une juridiction civile étrangère.

- Contrariété avec d'autres textes législatifs. :

La disposition critiquée est en contrariété avec le premier alinéa de l'article L.111-6 du CESEDA qui prévoit que la vérification des actes d'état civil est effectuée dans les conditions définies par l'article 47 du code civil.

Or, l'article 47 prévoit que :

Article 47

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays **fait foi**, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

Cela signifie que les actes d'état civil d'étrangers fait en pays étranger s'imposent à l'administration qui est tenue par l'énoncé de l'acte, sauf à démontrer, qui celui-ci souffre d'irrégularité ou de falsification.

La loi ne peut donc se contenter, spécifiquement pour les enfants étrangers souhaitant rejoindre un parent un mode de preuve différente reposant sur le simple « doute sérieux sur l'authenticité » de l'état civil.

Cela constitue une atteinte au principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant. » (actuel article 311-14 du code civil).

Compte tenu des délais nécessaires pour mettre en œuvre la procédure judiciaire prévue par la disposition, il existe un important risque que, de manière dilatoire, les consulats multiplient les cas de « doutes sérieux sur l'authenticité » de l'état civil afin de bloquer durablement la procédure de regroupement.

Plus largement, la disposition critiquée revient à autoriser un juge civil français à déterminer l'état civil d'un enfant étranger résidant à l'étranger. Cela est contraire aux principes du droit public international. Or, l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ».

- **Sur le recours suspensif pour les seuls demandeurs d'asile déboutés en zone d'attente :**

Article 24

Le chapitre III du titre I^{er} du livre II du même code est complété par un article L. 213-9 ainsi rédigé :

« Art. L. 213-9. – L'étranger qui a fait l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile peut, dans les quarante-huit heures suivant la notification de cette décision, en demander l'annulation, par requête motivée, au président du tribunal administratif.

« Le président, ou le magistrat qu'il désigne à cette fin parmi les membres de sa juridiction ou les magistrats honoraires inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 222-2-1 du code de justice administrative, statue dans un délai de soixante-douze heures à compter de sa saisine.

« Aucun autre recours ne peut être introduit contre la décision de refus d'entrée au titre de l'asile.

« L'étranger peut demander au président du tribunal ou au magistrat désigné à cette fin le concours d'un interprète. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un. Il peut demander au président ou au magistrat désigné à cette fin qu'il lui en soit désigné un d'office. L'audience se déroule sans conclusions du commissaire du Gouvernement.

« Par dérogation au quatrième alinéa, le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné à cette fin peut, par ordonnance motivée, donner acte des désistements, constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur un recours et rejeter les recours ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative, entachés d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance, ou manifestement mal fondés.

« L'audience se tient dans les locaux du tribunal administratif compétent. Toutefois, sauf si l'étranger dûment informé dans une langue qu'il comprend s'y oppose, celle-ci peut se tenir dans la salle d'audience de la zone d'attente et le président du tribunal ou le magistrat désigné à cette fin siéger au tribunal dont il est membre, relié à la salle d'audience, en direct, par un moyen de communication audiovisuelle qui garantit la confidentialité de la transmission. La salle d'audience de la zone d'attente et celle du tribunal administratif sont ouvertes au public. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un.

« La décision de refus d'entrée au titre de l'asile ne peut être exécutée avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification ou, en cas de saisine du président du tribunal administratif, avant que ce dernier ou le magistrat désigné à cette fin n'ait statué.

« Les dispositions du titre II du présent livre sont applicables.

« Si le refus d'entrée au titre de l'asile est annulé, il est immédiatement mis fin au maintien en zone d'attente de l'étranger, qui est autorisé à entrer en France muni d'un visa de régularisation de huit jours. Dans ce délai, l'autorité administrative compétente lui délivre une autorisation provisoire de séjour lui permettant de déposer sa demande d'asile auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides.

« La décision de refus d'entrée au titre de l'asile qui n'a pas été contestée dans le délai prévu au premier alinéa, ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation dans les conditions prévues au présent article peut être exécutée d'office par l'administration.

« Le jugement du président du tribunal administratif ou de son délégué est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours devant le président de la cour administrative d'appel territorialement compétente ou un magistrat désigné par lui. Cet appel n'est pas suspensif. »

- Atteinte au droit au recours effectif :

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel le « droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » découle de l'article 16 de la Déclaration

des Droits de l'Homme et du Citoyen sur la garantie des droits (Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*)

Or, le législateur fait une application erronée de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007 *Gebremedhin c/ France* qui a condamné la France en raison de recours suspensif à disposition des personnes maintenues en zone d'attente souhaitant faire valoir devant une juridiction un droit garanti par la Convention (article 13 combiné avec l'article 3 en l'espèce mais aussi, potentiellement, avec l'article 5, l'article 8, l'article 2, etc.) .
Le nouveau recours suspensif n'est en effet accessible **qu'aux seuls étrangers faisant l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile.**

Or, peuvent être amenés à faire valoir une liberté ou un droit fondamental, garanti par la Constitution ou les conventions internationales, aussi bien des **mineurs** (*v. CEDH 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga, req. n° 13178/03*), **des** malades ou encore des victimes de violences. Dans le cadre du référé-liberté, le juge administratif a d'ailleurs reconnu le caractère de liberté fondamentale aussi bien à la liberté personnelle, au droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants, au droit à un recours effectif, à la liberté d'aller et venir ou encore droit de mener une vie familiale normale.

De plus, paradoxalement, limiter ce recours aux seuls demandeurs d'asile risque d'inciter certains étrangers en difficulté à demander l'asile dans le seul but de tenter de bénéficier d'un tel recours.

La disposition est donc contraire à la constitution en tant qu'elle limite le recours suspensif aux seuls refus d'entrée sur le territoire au titre de l'asile sans prévoir qu'il concerne plus généralement l'ensemble des droits fondamentaux garantis par la Constitution ou les normes internationales.

Viole également le droit au recours effectif le fait que le texte adopté prévoit qu' « **aucun autre recours ne peut être introduit contre la décision de refus d'entrée au titre de l'asile** ».

Cela prive *de facto* les intéressés de la possibilité d'exercer un autre recours, tel qu'un référé-liberté fondé sur une autre liberté fondamentale (droit de vivre en famille, atteinte à l'intégrité physique, liberté de circuler vers un autre pays où l'étranger est légalement admissible...).

Le Conseil constitutionnel devra au minimum faire une réserve d'interprétation afin de préciser que cette disposition n'implique pas que le demandeur d'asile à la frontière débouté exerce, selon les procédures contentieuses de droit commun, un recours contre la décision de refus d'entrée ne se rattachant pas à la demande d'admission au séjour au titre de l'asile.

- **Sur l'allongement du délai de premier maintien en zone d'attente :**

Article 25

L'article L. 221-3 du même code est ainsi modifié :

1° Dans le premier alinéa, les mots : « quarante-huit heures » sont remplacés par les mots : « quatre jours » ;

2° La troisième phrase du deuxième alinéa est supprimée ;

3° (*nouveau*) Dans la dernière phrase du second alinéa, les mots : « ou de son renouvellement » sont supprimés.

En prévoyant, à l'article L. 221-3 du CESEDA, que : « *le maintien en zone d'attente est prononcé pour une durée qui ne peut excéder **quatre jours** par une décision écrite et motivée d'un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire* ».

Cette disposition permet à l'administration de priver une personne de liberté pour une durée de 4 jours sans intervention du juge judiciaire en violation de l'article 66 de la Constitution.

Or, dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a constamment considéré que la durée du maintien, sans intervention d'un juge, « ne saurait excéder un délai raisonnable ». Or, compte tenu du fait que l'étranger est maintenu en zone d'attente pour un délai maximum de 20 jours – sous réserve d'éventuelles prolongations exceptionnelles – le délai de 4 jours sans intervention du juge judiciaire n'est pas raisonnable.

Ainsi, dans la décision de 1992 sur les zones de transit, le Conseil constitutionnel a considéré que :

« considérant que le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ; que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent ;

*Considérant que, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article 35 quater entourent le maintien en zone de transit des étrangers, ces dispositions ne prévoient pas l'intervention de l'autorité judiciaire en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien, et en lui permettant ainsi d'apprécier, de façon concrète, la nécessité d'une telle mesure ; qu'en tout état de cause, **sa durée ne saurait excéder un délai raisonnable** ;*

Considérant qu'il suit de là qu'en conférant à l'autorité administrative le pouvoir de maintenir durablement un étranger en zone de transit, sans réserver la possibilité pour l'autorité judiciaire d'intervenir dans les meilleurs délais, l'article 35 quater ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 par l'article 8-I de la loi déferée est, en l'état, contraire à la Constitution » (Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France)

De même en 2003, la reconnaissance de la constitutionnalité de l'allongement de la durée de maintien en rétention à 32 jours a été liée au fait que le juge judiciaire intervenait dans les 48 heures :

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

64. *Considérant, en premier lieu, que la disposition contestée ne remet pas en cause le contrôle de l'autorité judiciaire sur le maintien en rétention, **au delà de quarante-huit heures**, d'un étranger*

qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français ; que le législateur a prévu qu'à cette occasion, le juge, après s'être assuré que l'étranger a été placé en situation de faire valoir ses droits, l'informe des possibilités et des délais de recours contre toutes les décisions le concernant » (Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité).

- **Prolongation exceptionnelle du maintien en zone d'attente**

Article 26

L'article L. 222-2 du même code est ainsi modifié :

1° Dans le premier alinéa, après les mots : « À titre exceptionnel », sont insérés les mots : « ou en cas de volonté délibérée de l'étranger de faire échec à son départ » ;

2° Dans la première phrase du deuxième alinéa, les mots : « non admis à pénétrer sur le territoire français » sont remplacés par les mots : « dont l'entrée sur le territoire français a été refusée » ;

2° bis (nouveau) Dans la première phrase du deuxième alinéa, le mot : « quatre » est remplacé (deux fois) par le mot : « six » ;

3° Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsqu'un étranger, dont l'entrée sur le territoire français au titre de l'asile a été refusée, dépose un recours en annulation sur le fondement de l'article L. 213-9, dans les quatre derniers jours de la période de maintien en zone d'attente fixée par la dernière décision de maintien, celle-ci est prorogée d'office de quatre jours à compter du dépôt du recours. Cette décision est mentionnée sur le registre prévu à l'article L. 221-3 et portée à la connaissance du procureur de la République dans les conditions prévues au même article. Le juge des libertés et de la détention est informé immédiatement de cette prorogation. Il peut y mettre un terme. »

En prévoyant qu' « à titre exceptionnel **ou en cas de volonté délibérée de l'étranger de faire échec à son départ**, le maintien en zone d'attente au-delà de douze jours peut être renouvelé, dans les conditions prévues au présent chapitre, par le juge des libertés et de la détention, pour une durée qu'il détermine et qui ne peut être supérieure à huit jours », le texte déferé porte également atteinte à l'article 66 de la Constitution. Si l'étranger fait délibérément échec à son départ, le procureur de la République peut le déférer au tribunal correctionnel.

La prolongation d'un maintien en zone d'attente n'est pas pertinent au regard de la finalité de la disposition.

De même en prévoyant la prorogation d'office de 6 jours dans le cas où la demande d'admission au séjour au titre de l'asile est déposée dans les 6 derniers jours, au lieu de quatre depuis la loi de 2003 et sans intervention d'un juge judiciaire, le texte porte tout autant atteinte à la liberté individuelle.

En vertu de l'article 66 de la constitution en effet, **seul un juge judiciaire** peut autoriser une privation de liberté. C'est par exception à ce principe que le Conseil constitutionnel a admis le placement des étrangers éloignés en rétention administrative ou le maintien des étrangers refoulés en zone d'attente par décision de l'autorité administrative, mais sous réserve de l'intervention à bref délai d'un juge judiciaire. C'est ainsi parce que le projet de loi instituant les zones d'attente voté en décembre 1991 ne prévoyait pas cette intervention du juge judiciaire à bref délai qu'il a été censuré par le juge constitutionnel et que la nouvelle loi, adoptée le 6 juillet 1992 et jamais modifiée depuis lors, a limité la durée du placement initial par décision de l'autorité administrative à 48 heures, renouvelable une fois. La réforme

envisagée sur ce point porte gravement atteinte à la liberté individuelle, en ce que notamment le délai automatique de 6 jours sans intervention d'un juge pour l'autoriser n'est pas raisonnable, et doit être censuré.

- **Sur la tutelle du ministère chargé de l'asile sur les institutions compétentes pour la procédure d'asile**

Article 28

Le titre II du livre VII du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est ainsi modifié :

1° Dans l'article L. 721-1, les mots : « des affaires étrangères » sont remplacés par les mots : « chargé de l'asile » ;

Le transfert au ministre chargé de l'asile, c'est-à-dire au ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement des compétences liées à la procédure d'asile, en lieu et place du Ministère des Affaires Etrangères porte atteinte au principe d'indépendance de la Cour nationale du droit d'asile qui est elle-même rattachée à l'OFPRA.

Ainsi lui est octroyée la tutelle de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) ; la compétence de nommer le président du Conseil d'administration de l'OFPRA et, conjointement avec le ministre des Affaires étrangères, le directeur général de l'Office ; la garde des dossiers de demandes d'asile rejetées.

Ce changement de tutelle entraîne un risque de perte de spécificité de l'asile qui ne peut être diluée dans la question du contrôle de l'immigration et qui échappe à toute politique de quota et de sélection sur des critères autres que ceux relevant de la Convention de Genève, et des dispositions internes (asile constitutionnel et protection subsidiaire).

En outre, le projet de loi ne répond pas à la préoccupation de la CNCDH concernant la dépendance de la Commission de Recours des Réfugiés (CRR) vis-à-vis de l'OFPRA. Dans son avis du 29 juin 2006, la CNCDH rappelait " que l'examen au fond des demandes d'asile doit rester du ressort exclusif de l'OFPRA et de la CRR qui doivent statuer en toute indépendance ", " qu'à cet égard, le rattachement actuel au MAE et sa dépendance vis-à-vis de l'OFPRA [non remis en question par le projet de loi] ne sont pas satisfaisants au regard des principes et de la pratique. **La CNCDH demande que soit reconnue l'indépendance de la CRR**, conforme au principe d'indépendance de la juridiction administrative réaffirmé par le Conseil constitutionnel [décision du Conseil constitutionnel du 4 décembre 2003] et nécessaire à son bon fonctionnement. La CNCDH souhaite souligner **que le rattachement de l'instance de recours au ministère de la justice, et plus spécifiquement au Conseil d'Etat, sous le contrôle duquel elle est en tout état de cause placée, semble à terme la solution la plus satisfaisante "**.

Dans sa décision du 4 décembre 2003, le Conseil constitutionnel avait estimé que « *l'indépendance de la Commission des recours des réfugiés vis-à-vis de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (...) constitue une garantie essentielle du droit d'asile* » (Décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile).

- **Sur l'absence de constitution d'une décision implicite en cas de silence gardé par l'Ofpra :**

Article 31

Après l'article L. 723-3 du même code, il est inséré un article L. 723-3-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 723-3-1. - L'office notifie par écrit sa décision au demandeur d'asile. Toute décision de rejet est motivée en fait et en droit et précise les voies et délais de recours.

« **Aucune décision ne peut naître du silence gardé par l'office.** »

Cette disposition est issue d'un amendement du gouvernement au Sénat (n° 212 rectifié).

Selon l'exposé des motifs, il est censé « parachever la transposition au niveau législatif de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres ».

L'article 9 de cette directive prévoit au titre des « Conditions auxquelles sont soumises les décisions de l'autorité responsable de la détermination » que :

« 1. Les États membres veillent à ce que les décisions portant sur les demandes d'asile soient communiquées par écrit.

2. Les États membres veillent en outre à ce que, lorsqu'une demande est rejetée, la décision soit motivée en fait et en droit et que les possibilités de recours contre une décision négative soient communiquées par écrit.

Les États membres ne sont pas tenus de motiver le refus d'accorder le statut de réfugié lorsque le demandeur se voit accorder un statut offrant les mêmes droits et avantages au regard du droit national et du droit communautaire que le statut de réfugié en vertu de la directive 2004/83/CE. Dans ce cas, les États membres veillent à ce que le refus d'accorder le statut de réfugié soit motivé dans le dossier du demandeur et que celui-ci puisse avoir accès à son dossier à sa demande.

En outre, les États membres ne sont pas tenus de communiquer par écrit, en liaison avec une décision, les possibilités de recours contre une décision négative lorsque le demandeur a été informé à un stade antérieur de ces possibilités par écrit ou par un moyen électronique auquel il a accès ».

L'amendement en déduit, curieusement, que « ces dispositions excluent donc la possibilité de décision implicite ».

Il évoque, sans plus de précisions « un arrêt récent de la cour de justice des communautés européenne, il s'avère nécessaire, pour transposer ces dispositions dans le droit national, de déroger à l'article 5 de la loi 79-587 du 11 juillet 1979 modifiée relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, qui concerne la communication des motifs en cas de décisions implicites de rejet, ainsi qu'à l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, qui fixe la règle selon laquelle le silence gardé pendant plus de deux mois par l'administration sur une demande vaut décision de rejet ».

A supposer même que cette interprétation soit exacte, la suppression de la constitution d'une décision implicite en cas de silence gardé par l'administration est contraire à la Constitution et particulièrement au droit à un recours effectif qui découle de la garantie des droits assurée par l'article 16 de la DDHC.

En effet, dès le Second Empire (1864), la règle de la décision implicite de rejet a été consacrée afin de permettre à l'administré de constituer une décision pour la contester devant le Conseil d'Etat et réduire l'arbitraire de l'administration. C'est ensuite devenu un principe fondamental du droit républicain, ayant inspiré la loi du 7 juillet 1900. Aucune loi républicaine n'a jamais remis en cause ce principe.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 26 juin 1969 (*Protection des sites*), a estimé « que, d'après un principe général de notre droit, le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet et, qu'en l'espèce il ne peut y être dérogé que par une décision législative » (Décision 69-55 L du 26 Juin 1969 *Protection des sites*).

Il a confirmé cette position dans sa décision du 18 janvier 1995: « Le législateur peut déroger au principe général selon lequel le silence de l'administration pendant un délai déterminé vaut rejet de la demande. » (Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*).

Pouvoir déroger à un principe constitutionnel ne signifie pas que le législateur puisse, au besoin, le supprimer - y compris en invoquant la transposition d'une directive communautaire.

Et ce d'autant plus que l'existence d'un régime de décision implicite de rejet n'empêche pas l'obligation de motiver les décisions administratives. La DIR a pour unique fonction que d'empêcher l'arbitraire de l'administration qui pourrait, par son silence, ne jamais répondre à la demande de l'administré. C'est donc un système de « garantie des droits », au sens de l'article 16 de la DDHC.

Au demeurant, compte tenu de la rédaction des directives (« les Etat veillent à ce que ») il n'est pas certain que ces dispositions soient inconditionnelles et précises.

En outre, ces dispositions ne prohibent pas l'existence, en droit interne, d'une décision implicite de rejet permettant au demandeur d'asile débouté de contester la décision de l'OFPRA (par exemple de réexamen) dans les plus brefs délais tout en imposant à l'administration de l'informer, par écrit, des motifs de sa décision de rejet.

Mais si cette interprétation découle réellement de la directive et que ce sont des dispositions inconditionnelles et précises, le Conseil constitutionnel devra mettre en œuvre sa jurisprudence à la transposition des directives (v. en dernier lieu Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006

Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information). En prenant en compte la décision du Conseil d'Etat *Arcelor-Atlantique*, le Conseil constitutionnel pourra utilement vérifier s'il n'existe pas au préalable une garantie effective équivalente en droit communautaire - ce qui est le cas puisque le droit communautaire garantit le droit au recours effectif.

- **Suppression de l'obligation de motivation des OQTF :**

Article 41

Le premier alinéa du I de l'article L. 511-1 du même code est complété par une phrase ainsi rédigée :
« L'obligation de quitter le territoire français n'a pas à faire l'objet d'une motivation. »

Cette disposition porte également atteinte à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la DDHC ainsi qu'aux droits de la défense.

Il résulte en effet clairement de l'article L.511-1 I du CESEDA que les mesures figurant dans cette disposition (refus ou retrait de titre de séjour, OQTF fixant le pays de destination) constituent des **décisions distinctes**.

C'est une volonté expresse du législateur de ne pas fusionner les 3 mesures en une seule décision afin de pouvoir procéder au placement des personnes ayant fait l'objet depuis plus d'un mois d'un refus de séjour assorti d'une OQTF en rétention administrative et que le contentieux contre ces mesures soit alors dissocié.

Certes, lors des débats de la loi du 24 juillet 2006, devant la commission des lois, le rapporteur Thierry Mariani précisait qu'il s'agissait alors d'une « *décision unique* », fixant également le pays à destination duquel l'étranger sera renvoyé et ajoutait que « *la fusion des décisions de refus de titre et d'éloignement est donc une mesure de simplification de bon sens qui n'aura aucune conséquence négative [sic] ni pour l'efficacité des procédures d'éloignement, ni pour les droits des étrangers* ».

La commission écartait néanmoins un amendement du député Jérôme Rivière visant « *à lier automatiquement l'obligation de quitter le territoire français au retrait [ou refus] de tout titre de séjour* » (v. Rapport n° 3058 déposé le 26 avril 2006).

En outre, ces décisions ont dans le CESEDA *un objet et un régime juridique distincts*. Et il est possible de prendre un refus de séjour sans OQTF tout comme il existe des hypothèses dans lesquelles l'OQTF n'accompagne pas le refus de séjour.

Saisi de la constitutionnalité de l'article 57, en ce qu'il ne prévoyait pas expressément que le contentieux des décisions de séjour assorties d'une OQTF fixant le pays de renvoi devait relever d'une formation collégiale (article L.512-1 CESEDA), le Conseil constitutionnel évoqua d'ailleurs qu'il s'agissait pour l'intéressé d'avoir la possibilité de contester « *ces décisions* » au tribunal administratif (Décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006 *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*).

Par suite logique, l'article R775-1 du Code de la justice administrative (issu de l'article 1^{er} du décret du 23 décembre 2006) prévoit, sans aucune ambiguïté, que « les requêtes dirigées contre *les décisions* relatives au séjour mentionnées au I de l'article L. 511-1 du [CESEDA] assorties d'une obligation de quitter le territoire français sont présentées, instruites et jugées selon les dispositions du présent code, sous réserve des dispositions du présent chapitre . Toutefois, lorsque l'étranger est placé en rétention avant que le tribunal ait rendu sa décision, les dispositions du chapitre VI du présent titre sont alors applicables au jugement des conclusions dirigées *contre l'obligation de quitter le territoire français et la décision* fixant le pays de renvoi ». D'ailleurs le chapitre 5 du CESEDA est intitulé par le décret « *Le contentieux des décisions* relatives au séjour assorties d'une obligation de quitter le territoire français ».

Saisi d'un recours contre le décret du 23 décembre 2006, le Conseil d'Etat a expressément estimé que « les dispositions de l'article R. 775-3 [du CJA] n'ont ni pour objet ni pour effet de priver les requérants de leur droit de *contester séparément* le refus de séjour, l'obligation de quitter le territoire français et la désignation du pays de renvoi ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur la légalité *de chacune de ces décisions* ; qu'en outre, contrairement à ce que font valoir les associations requérantes, les dispositions de l'article R. 775-3 précité sont dépourvues d'incidence sur la possibilité offerte aux intéressés de présenter une demande de suspension à l'encontre de la décision de refus de séjour dans les conditions énoncées aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative » (CE, 11 juillet 2007, *USMA, LDH et alii*, n°302040, aux tables).

S'agissant de décisions juridiquement distinctes, elles doivent être spécifiquement motivées en application de la loi du 11 juillet 1979. En effet, il s'agit indéniablement de décisions individuelles défavorables qui soit restreignent l'exercice des libertés publiques, soit constituent des mesures de police.

C'est l'interprétation adoptée par des nombreux tribunaux administratifs et qui sera sûrement adoptée par le Conseil d'Etat saisi pour avis par un tribunal administratif sur cette question.

C'est donc pour surmonter cette interprétation jurisprudentielle que l'amendement n°49 a été introduit par le député Mariani.

Or, si l'étranger n'a pas connaissance au moment de la notification de la décision de séjour assortie d'une OQTF fixant le pays de renvoi des motifs **il ne pourra valablement se défendre s'il saisit le tribunal administratif.**

Dans le cas où, comme cela se passe fréquemment, la préfecture ne produit pas de mémoire en défense et n'est pas présente ni représentée à l'audience, l'administration ne fournira à aucun moment un motif de sa décision d'OQTF, ce qui est là aussi contraire aux droits de la défense.

Cette motivation des OQTF est d'autant plus nécessaire **que le préfet n'est pas en situation de compétence liée** pour assortir les décisions de séjour de cette mesure. Il est donc nécessaire, **afin de garantir les droits des étrangers**, qu'il soit, comme tout administré faisant l'objet d'une décision individuelle défavorable restreignant une liberté fondamentale, informé des motifs de cette décision.

Et ce d'autant plus qu'en cas de placement en rétention administrative, l'article L. 512-1 du CESEDA prévoit **la disjonction du contentieux** du refus de séjour et celui de l'OQTF. Le juge de la reconduite se prononçant sur la seule OQTF - qui doit donc nécessairement être motivée afin que le juge puisse la contrôler sans porter une appréciation sur la décision de séjour dont l'examen relève, sauf exception d'illégalité, de la seule formation collégiale.

De tous ces chefs, la censure est encourue.

* * *

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, à l'expression de notre haute considération.