

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
fax : 01.43.17.39.09
cabinet@scp-rsm.fr

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

MEMOIRE EN INTERVENTION VOLONTAIRE
AU SOUTIEN D'UNE
QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

POUR : Le Groupe d'Information et de Soutien des Immigré-e-s (GISTI) dont le siège est 3 Villa Marcès, 75011 Paris, représenté par sa présidente en exercice domiciliée audit siège

S.C.P. SEVAUX et MATHONNET
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Au soutien de la QPC 2017-674 QPC
(dernière phrase du 8^{ème} al. et troisième phrase du 9^{ème} al.
de l'article L.561-1 CESEDA)

FAITS ET PROCEDURE

1. Monsieur Kamel Daoudi a introduit un recours devant le tribunal administratif de Paris contre un arrêté du ministre de l'intérieur en date du 24 novembre 2016, ultérieurement modifié par un arrêté du 30 janvier 2017, ordonnant son assignation à résidence sur le territoire de la commune de Saint-Jean-d'Angély (17) pour une durée indéterminée, avec obligation de se présenter quatre fois par jour au commissariat de police et à demeurer tous les jours de 21 h à 7 h dans les locaux où il réside, et interdiction de se déplacer en dehors de son lieu d'assignation à résidence sans autorisation écrite préalable du préfet de Charente-Maritime.

Devant ledit tribunal, le requérant a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions de l'article L. 561-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et rédigée dans les termes suivants :

« En édictant les disposition de l'article L.561-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – lesquelles permettent d'assigner à résidence une personne pour une durée déterminée et de l'astreindre à résider en dehors de son domicile dans un lieu choisi par l'autorité administrative – le législateur a-t-il, d'abord porté une atteinte injustifiée et disproportionnée à la liberté d'aller et venir

et à la protection de la vie privée, ensuite méconnu sa propre compétence en affectant les droits et libertés que la Constitution garantit et, enfin, méconnu les dispositions de l'article 66 de la Constitution ? ».

Par une ordonnance n° 1621017/4-2 du 20 juin 2017, enregistrée le 22 juin 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la vice-présidente déléguée par la présidente du tribunal administratif de Paris a décidé de transmettre au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité ainsi soulevée.

Par un arrêt n° 411774 du 20 septembre 2017, le Conseil d'Etat a renvoyé la question de la conformité à la Constitution de la dernière phrase du huitième alinéa et de la troisième phrase du neuvième alinéa de l'article L. 561-1 du code.

C'est la question prioritaire de constitutionnalité au soutien de laquelle l'association exposante entend présenter des observations en qualité d'intervenant volontaire.

* *
*

DISCUSSION

A – Sur la recevabilité de l'intervention volontaire.

1. L'intérêt spécial visé par l'article 6 du règlement du Conseil peut résulter d'un lien entre l'objet de législation contestée et l'objet social d'une association intervenante (Conseil constit., 11 octobre 2013, n° 23013-346 QPC).

En l'occurrence, le GISTI est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont les statuts prévoient qu'elle a pour objet :

- « - de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des personnes étrangères ou immigrées ;*
- d'informer celles-ci des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits ;*
- de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe d'égalité ;*
- de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte et assister celles et ceux qui en sont victimes ;*
- de promouvoir la liberté de circulation ».*

Ainsi qu'en attestent les nombreuses décisions rendues sur des recours exercés par l'association, le GISTI œuvre pour la défense des droits des étrangers autant dans le cadre d'une mission d'assistance et de conseil des intéressés qu'en exerçant les recours appropriés contre les décisions mettant en cause leurs conditions d'entrée et de séjour sur le territoire national, et étend cette action, le cas échéant, à la contestation des législations qui, en la matière, seraient contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Il a ainsi été reçu en son intervention volontaire devant le Conseil dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Conseil constit. 3 février 2012, n° 2011-217 QPC).

2. Dans le cas présent, les dispositions légales dont la constitutionnalité est contestée permettent d'assigner à résidence pour une durée indéterminée et en tout lieu du territoire une personne de nationalité étrangère qui doit être reconduite à la frontière en exécution d'une interdiction du territoire français et qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou qui ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans un autre pays, jusqu'à ce qu'il existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation.

Ces dispositions prévoient ainsi des mesures en lien avec les mesures d'éloignement des étrangers et l'exécution des interdictions du territoire français, et elles emportent une atteinte aux droits et libertés des étrangers concernés.

La contestation de leur conformité à la Constitution est donc directement en lien avec l'objet social du GISTI, étant ajouté que l'intéressé était partie à l'instance ayant donné lieu à la transmission de la présente question prioritaire de constitutionnalité.

Le GISTI justifie donc d'un intérêt spécial à intervenir relativement à la question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L. 561-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en raison, d'une part, du lien direct entre ces dispositions et l'objet social de l'association et, d'autre part, de son intervention dans l'instance ayant donné lieu à la transmission puis au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité.

* *
*

B – Sur la non conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 561-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

B.1 Les dispositions législatives contestées méconnaissent la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution en tant qu'elles ne prévoient ni durée maximale de l'assignation à résidence ni réexamen périodique de la situation de l'étranger assigné à résidence, et ne comportent pas les précisions relatives à l'étendue et à la situation des lieux de résidence ainsi qu'à la fréquence de l'obligation complémentaire de se présenter aux services de police ou aux unités de gendarmerie sans lesquelles cette mesure peut constituer une privation de liberté

1. 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* » ; la liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis (Conseil constit. 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC).

Des dispositions qui, comme celles de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, permettent le recours à une assignation à résidence en tant que mesure relevant de la police administrative et ne pouvant avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions, et qui permettent à ceux qui en font l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité immédiate d'une agglomération, ne comportent, tant par leur objet que par leur portée, aucune privation de la liberté individuelle (Conseil constit. 22 décembre 2015, préc., cons. 5).

De même, il a été jugé que les dispositions de l'article L. 561-2 CESEDA en vertu desquelles l'administration peut assigner à résidence un étranger qui pourrait être placé en rétention administrative ne comportent aucune privation de liberté (Conseil constit., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC).

Pour autant, même lorsqu'elle répond à ces critères – mesure de police administrative et résidence dans une agglomération ou à proximité d'une agglomération ; mesure alternative à la rétention administrative – une mesure d'assignation à résidence peut être regardée comme une privation de liberté lorsque ses modalités de mise en œuvre ou les mesures complémentaires à laquelle elle donne lieu restreignent la liberté au point de la vider de son contenu. Comme le juge la Cour européenne des droits de l'homme, entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence, de sorte qu'une mesure peut être regardée comme une privation de liberté en raison de critères comme son genre, sa durée, ses effets et ses modalités d'exécution (CEDH, 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italie, n° 7367/76).

Ainsi, s'agissant de l'assignation à résidence prévue par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, une astreinte à domicile d'une durée de douze heures par jour « *ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté* » (Conseil constit. 22 décembre 2015, préc. cons. 6).

Dans le même ordre d'idée, une assignation à résidence à laquelle s'ajouterait une obligation de présentation à l'autorité publique pourrait être regardée comme une privation de liberté si, du fait du nombre de présentations imposées par jour, la personne concernée n'aurait d'autre activité au cours d'une journée que de remplir cette obligation.

Intervient également le critère de la durée de l'assignation à résidence et, plus encore, le caractère indéterminé de cette durée.

Sans doute, s'agissant d'une prolongation dans le temps de l'assignation à résidence, le Conseil constitutionnel a jugé, toujours à propos de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, que cette seule circonstance ne suffit pas à modifier la nature de cette mesure et à la rendre assimilable à une mesure privative de liberté (Conseil constit., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, cons. 7). Le Conseil a toutefois précisé que cette prolongation dans le temps avait lieu dans les conditions prévues par l'article 6 précité. Ce texte prévoit un renouvellement de la mesure par l'autorité administrative à l'issue d'une prorogation de l'état d'urgence, et une prorogation au-delà de douze mois par une décision motivée au regard de critères plus précis que pour le placement initial (si « *le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public* » - Conseil constit., préc., cons. 17 - et non plus s'il existe des raisons sérieuses de penser que tel est le cas) et ce uniquement en cas « *d'éléments nouveaux ou complémentaires* » ; le tout sous le contrôle du juge.

Ces dernières précisions montrent que la solution selon laquelle la durée n'influe pas sur la qualification de la mesure, a été retenue en présence d'une mesure donnant lieu à prolongation ; ce dont se distingue la mesure à durée indéterminée qui, elle, se maintient sans décision de prolongation. Susceptible de devenir une relégation définitive, une assignation à résidence à durée indéterminée crée dans les conditions d'existence de la personne concernée des troubles indubitablement plus importants que dans les conditions d'existence de celui qui connaît le terme de cette mesure. Surtout, se prolongeant indéfiniment sans décision de prolongation, la mesure se trouve soustraite à tout contrôle effectif du juge, une fois épuisées les voies de recours contre la décision initiale, à moins qu'un recours spécifique ne soit prévu.

Il ne peut donc être d'emblée exclu, s'agissant d'une mesure d'assignation à résidence soumise à un autre régime que celui de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, que le caractère illimité de la durée de l'assignation, associé le cas échéant à d'autres sujétions, n'emporte pas une modification de la nature de la mesure conduisant à regarder celle-ci comme une privation de liberté.

2. S'agissant de l'assignation à résidence prévue par les dispositions de l'article L. 561-1 5° du CESEDA, on relèvera en premier lieu qu'il s'agit d'une mesure administrative tendant à garantir la possibilité pour l'administration de procéder à la mesure d'éloignement qu'emporte l'interdiction du territoire français prononcée par le juge judiciaire.

Contrairement à ce que soutenait le ministère de l'intérieur devant le tribunal administratif, l'assignation à résidence n'est pas une mesure d'exécution de l'interdiction du territoire puisque cette peine n'exige aucun acte d'exécution (Crim., 7 janvier 2008, pourvoi n° 08-82892, Bull. crim. n° 9).

L'assignation à résidence ne relève pas non plus des mesures de police générale, puisqu'elle n'est pas destinée à prévenir un trouble à l'ordre public.

La mesure a en réalité pour seul objet de maintenir la personne concernée à la disposition de l'autorité administrative dans le cas où l'impossibilité de procéder à la mesure d'éloignement prendrait fin et qu'il y aurait alors lieu de mettre cette mesure à exécution.

L'assignation à résidence prévue par l'article L. 561-1 du CESEDA est donc une mesure relevant simplement des pouvoirs de police spéciale qu'exerce l'administration en matière de séjour des étrangers. Elle est à ce titre mise en œuvre indépendamment d'un risque de trouble à l'ordre public.

Or, il sera relevé que cette mesure est prévue sans condition tenant à un risque concret de non représentation de la personne concernée qui viendrait faire obstacle à l'exécution de la mesure d'éloignement lorsque cette dernière deviendrait possible. Elle s'applique de ce fait à l'égard de personnes qui, pour avoir toutes été pénalement condamnées, peuvent relever de situations fort différentes, avec des comportements qui peuvent en l'état ne générer, ni risque de troubles à l'ordre public, ni faire craindre une soustraction à l'exécution d'éloignement quand cette dernière pourra être mise en œuvre.

En deuxième lieu, cette assignation à résidence ne trouve dans le temps de limite que, d'une part dans la durée de l'interdiction du territoire prononcée par le juge – ce qui ne concerne que les interdictions du territoire français temporaires, et non celles qui sont prononcées à titre définitif (qui ne sont pas prescriptibles – Crim., 7 janvier 2008, pourvoi n° 08-82892, Bull. crim. n° 9) – et, d'autre part, dans la durée pendant laquelle l'exécution de cette peine est impossible – qui peut elle-même ne pas avoir de limite.

L'assignation à résidence est donc à durée indéterminée, en ce sens que ni son auteur, ni celui qui en fait l'objet, ne connaît le terme de cette mesure et peut être garanti qu'un tel terme interviendra. Elle est même perpétuelle en présence d'une interdiction définitive du territoire et d'une impossibilité persistante de procéder à la mesure d'éloignement.

En troisième lieu, en raison de sa durée indéterminée, l'assignation à résidence ne fait l'objet d'aucun contrôle périodique de la part de l'autorité administrative qui l'a ordonnée. Au-delà de la décision initiale et une fois épuisés les recours qui peuvent être exercés à l'encontre de cette décision, point de voie d'accès au juge administratif car point de décision de prolongation. Précision faite que, sauf circonstances particulières, le juge du référé-liberté ne peut intervenir faute de caractérisation de l'urgence (CE, ord., 5 novembre 2014, n° 385451 : « *une mesure d'assignation à résidence ne crée pas par elle-même une situation d'urgence* »). Quant à la possibilité de solliciter un examen de la situation par le biais d'une demande d'abrogation, elle supposerait d'attendre, en cas de silence de l'administration, les deux mois nécessaires à l'édiction une décision implicite de rejet, ce qui ne peut évidemment correspondre à l'exigence d'un recours effectif dans une matière relevant directement de la liberté individuelle. Au demeurant, ce recours s'avérerait en tout état de cause d'autant moins effectif qu'il se heurterait, s'agissant d'une mesure individuelle, aux conditions particulièrement restrictives dans lesquelles s'apprécie le changement de circonstances susceptibles d'ouvrir la voie à une annulation.

Sans doute, et ainsi que l'objectera certainement le Premier ministre, le juge judiciaire peut être saisi par une demande de relèvement de la peine d'interdiction du territoire français. Mais outre qu'elle n'est pas ouverte aux étrangers condamnés à une peine

d'interdiction du territoire prononcée à titre de peine principale, la procédure de relèvement ne peut passer pour un recours adéquat. L'office du juge du relèvement consiste en effet à apprécier la justification et les conséquences de « *la mesure d'éloignement* », non la nécessité et la proportionnalité des mesures d'assignation à résidence prises par l'administration en raison de l'impossibilité de mettre cette mesure à exécution (Crim., 12 février 2003, pourvoi n° 02-83198 ; 10 décembre 2003, pourvoi n° 03-82385 ; 20 février 2013, pourvoi n° 12-83869, Bull. crim. n° 45 : rejet d'un pourvoi dirigé contre un arrêt ayant « *apprécié l'absence de disproportion entre le respect de la vie privée et familiale de l'intéressé et le but recherché par la mesure d'éloignement* »).

A ces éléments, qui attestent de différences fondamentales quant à l'objet et à la portée de la mesure d'assignation prévue par l'article L. 561-1 du CESEDA par rapport à l'assignation à résidence susceptible d'être mise en oeuvre dans le cadre de l'état d'urgence, s'ajoute le silence du législateur sur deux modalités essentielles de sa mise en oeuvre.

D'une part, aucune précision n'est apportée relativement à l'étendue des lieux d'assignation et à leur situation – agglomération ou proximité d'une agglomération. Ce qui autorise l'administration à astreindre un étranger à résider en milieu rural et isolé, sur un territoire limité à une petite commune ou à une partie de commune. En outre, compte tenu de ce qu'elles permettent par ailleurs à l'administration d'assigner l'étranger à résider « *dans l'ensemble du territoire de la République* », les mesures législatives litigieuses permettent d'éloigner l'étranger sur un territoire d'outre mer, ou de choisir un site pour son insularité.

D'autre part, la fréquence journalière de l'obligation de présentation aux services de police ou aux unités de gendarmerie n'est pas précisée – contrairement à l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, qui pose une limite de trois présentations par jour. Ce qui autorise l'administration à soumettre la personne assignée à résidence à des mesures de présentation avec une fréquence telle que l'étranger n'userait de sa liberté qu'à cette fin, ce qui viderait assurément le contenu de celle-ci.

En définitive, dès lors qu'elles autorisent une mesure d'assignation à résidence dont la durée est indéterminée et qui peut se maintenir dans le temps sans décision de prorogation et corrélativement en l'absence d'examen périodique par l'administration et, par suite, du juge, et dès lors qu'elles ne précisent pas l'étendue et la situation des lieux où l'étranger peut être astreint à résider ainsi que la fréquence des présentations aux services de police ou aux unités de gendarmerie, les dispositions contestées permettent à l'autorité administrative de recourir à des mesures constitutives, par l'intensité et la durée des restrictions imposées, d'une privation de liberté individuelle.

L'incompétence négative du législateur, qui n'a pas fixé de terme à la mesure d'assignation à résidence et n'a pas prévu de réexamen périodique de la situation, et qui n'a pas mentionné au sein de l'article L. 561-1 du CESEDA les modalités de mise en oeuvre de cette mesure et des mesures complémentaires qui l'accompagnent sans lesquelles celle-ci peut constituer une véritable privation de liberté, impose de regarder les dispositions contestées comme contraires à l'article 66 de la Constitution et à la liberté individuelle.

La non conformité à la Constitution des dispositions contestées s'impose de ce premier chef.

B. 2 En tout état de cause, les dispositions législatives contestées méconnaissent la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée, composantes de la liberté personnelle garantie par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens, ainsi que le droit de mener une vie familiale normale qui résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en tant qu'elles emportent une atteinte excessive à cette liberté et à ces droits eu égard d'une part au caractère indéterminé de la durée de l'assignation à résidence et à l'absence corrélative d'examen périodique, sous le contrôle du juge, de la situation de la personne concernée et de la nécessité du maintien de la mesure, d'autre part à l'absence de précision quant à l'étendue et à la situation des lieux d'assignation à résidence et à la fréquence de l'obligation complémentaire de se présenter aux services de police ou aux unités de gendarmerie et, enfin, à la possibilité pour l'autorité administrative de fixer le lieu de résidence en tout point du territoire de la République.

1. Il convient, en premier lieu, rappeler que *« si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »* (Conseil constit., 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 2).

2. S'agissant également, d'une manière générale, de la liberté d'aller et de venir et du droit à l'exercice d'un recours effectif, le Conseil a jugé par sa décision QPC 2015-527 du 22 décembre 2015 qu'une législation permettant à l'administration d'assigner à résidence une personne dans le cadre de l'état d'urgence n'est conforme à la Constitution que dans la mesure où :

- *« sa durée, ses conditions d'application et les obligations complémentaires dont elle peut être assortie (sont) justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence », et dans la mesure où « le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée et proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit »* (cons. 12).

- l'assignation à résidence *« cesse au plus tard en même temps que prend fin l'état d'urgence »*, là où, si le législateur prolonge l'état d'urgence par une nouvelle loi, *« les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement ne peut être prolongées sans être renouvelées »* (cons. 13).

Ainsi que le mentionne le commentaire de la décision ultérieure QPC 2017-624 du 16 mars 2017, le Conseil constitutionnel, par sa décision QPC 2015-527 du 22 décembre 2015, a soumis la constitutionnalité des dispositions relatives à l'assignation résidence à la condition d'un renouvellement de la mesure à chaque prorogation d'urgence, renouvellement donnant lieu à un contrôle du juge.

Cette condition a été renforcée par la décision QPC 2017-624 à l'égard des assignations renouvelées au-delà de douze mois : non seulement une décision de prolongation doit intervenir, mais elle doit également être justifiée de manière renforcée : critère plus strict ; éléments nouveaux ou complémentaires ; prise en compte de la durée totale de l'assignation, des conditions de sa mise en œuvre (lieu et place horaire de l'astreinte à domicile) et des obligations complémentaires dont cette mesure est assortie (présentation aux services de police ou aux unités de gendarmerie).

3. Or, ainsi qu'il été vu (cf *infra*), l'assignation à résidence prévue par les dispositions législatives contestées a pour particularité d'être d'une durée indéterminée, et se prolonger de ce fait sans décision de prorogation, et donc sans intervention possible du juge administratif, quand le contrôle de la mesure n'entre pas dans l'office du juge du relèvement (cf *infra*).

A cette durée et à cette absence de garantie juridictionnelle, s'ajoute la circonstance précitée que la personne concernée peut être assignée dans n'importe quel lieu du territoire sans garantie de résider dans une agglomération ou à proximité d'une agglomération et être astreinte à se présenter plusieurs fois par jour devant les services de police ou les unités de gendarmerie sans limitation quant à la fréquence de ces présentations.

En outre, le pouvoir conféré à l'administration d'assigner l'étranger en tout lieu du territoire permet de séparer l'étranger de son cadre familial par une distance importante, cependant que l'absence de condition tenant à la proximité d'une agglomération peut conduire à imposer à l'étranger de résider dans un lieu où sa famille ne peut l'accompagner (absence d'emploi ou de scolarisation notamment). Vainement serait-il objecté que la rupture de vie familiale aurait eu lieu en cas d'exécution de l'interdiction du territoire, car la cellule familiale peut se reconstruire dans le pays de retour en choisissant le lieu le plus approprié, alors qu'un tel choix peut être empêché en cas d'assignation à résidence.

Et ces atteintes à la liberté d'aller et devenir et au droit de mener une vie familiale normale peuvent avoir lieu sans nécessité concrètement caractérisée :

- aucune nécessité en termes de prévention des troubles à l'ordre public, puisque cette mesure ne relève pas de la police administrative générale (cf *infra*) ;
- aucune nécessité immédiate en termes d'exécution des décisions prononcées par l'autorité judiciaire, puisque l'interdiction du territoire ne suppose pas d'actes d'exécution (Crim., 7 janvier 2008, pourvoi n° 08-82892, Bull. crim. n° 9), et que l'assignation à résidence est précisément mise en œuvre en raison de l'impossibilité de procéder à l'éloignement de l'étranger ;
- aucune nécessité concrète en termes de maintien de la personne à disposition de l'administration dans le cas où l'impossibilité d'éloigner l'étranger prendrait fin, puisque la loi ne fixe aucun critère tenant, d'une part, au caractère provisoire ou définitif de cette impossibilité et, d'autre part, au risque de non représentation ou de soustraction de l'étranger à une mesure d'éloignement ultérieure.

Les dispositions législatives permettent concrètement d'assigner, sur un territoire de dimension réduite et isolé, pour plusieurs années, une personne dont il serait d'ores et déjà certain qu'elle ne pourra jamais être reconduite, du moins avant l'expiration de la durée de l'interdiction du territoire, ou une personne dont la situation personnelle et familiale exclurait tout risque de soustraction à la mesure d'éloignement qui pourrait être mise en œuvre

lorsque l'impossibilité de la reconduire prendrait fin. Ceci indifféremment du comportement de la personne concernée et de la nature et de la gravité de l'infraction au titre de laquelle l'interdiction du territoire a été prononcée.

L'assignation à résidence ici en discussion obéit ainsi à un régime bien plus coercitif et bien plus attentatoire aux droits fondamentaux que celui de l'assignation à résidence susceptible d'être ordonnée dans le cadre de l'état d'urgence, alors qu'il est d'évidence que cette dernière assignation est censée répondre à des impératifs de sauvegarde de l'ordre public bien plus sensibles. Constat qui s'imposera également si les textes actuellement en discussion devant le Parlement aboutissent, puisque ces derniers prévoient : que le lieu d'assignation à résidence ne peut être inférieur à la commune ; que l'obligation de se présenter aux services de police ou aux unités de gendarmerie ne peut être imposée que dans la limite d'une fois par jour ; que la durée maximale de l'assignation à résidence est de trois mois, renouvelable et qu'au-delà d'une durée cumulée de six mois, elle ne peut être ordonnée que s'il existe des éléments nouveaux ou complémentaires (actuel projet de l'article L. 228-2 du code de la sécurité intérieure).

C'est dire que même pour la prévention du terrorisme, un régime tel que celui ici en cause n'est pas admis.

Les dispositions législatives contestées comportent ainsi des mesures qui excèdent ainsi très largement celles qui peuvent être justifiées dans le cadre d'une police spéciale du séjour des étrangers par l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public.

En définitive, en n'encadrant pas de manière précise les pouvoirs conférés à l'autorité administrative en ce qui concerne la durée et les conditions de prolongement de la mesure d'assignation à résidence, ses modalités d'exécution en termes de lieu de résidence et la fréquence journalière de l'obligation de présentation aux services de police ou aux unités de gendarmerie qui en constitue une mesure complémentaire, et en ne prévoyant aucun recours permettant un examen périodique, sous le contrôle du juge, de la situation de l'étranger et de la justification de la mesure, les dispositions contestées portent une atteinte excessive à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de la vie privée et au droit à mener une vie familiale normale.

La non conformité à la Constitution des dispositions contestées s'impose de ce deuxième chef.

B. 3 Les dispositions législatives contestées méconnaissent le droit à un recours juridictionnel effectif protégé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens, en tant qu'elles ne prévoient aucun recours effectif permettant de contester le maintien d'une mesure d'assignation à résidence

1. Ainsi qu'il a déjà été vu, l'étranger assigné à résidence sur le fondement des dispositions législatives contestées est maintenu pour un temps indéterminé sous ce régime sans décision de prolongation, et par conséquent sans décision susceptible de faire l'objet d'un recours permettant d'obtenir d'un juge le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité du maintien de cette mesure, étant rappelé que cet examen ne relève pas de l'office du juge judiciaire saisi d'une demande de relèvement de l'interdiction du territoire français.

2. La durée indéterminée de l'assignation à résidence a ainsi pour effet de priver l'étranger de tout recours effectif devant un juge, en méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La non conformité à la Constitution des dispositions contestées s'impose de nouveau.

B.4 Les dispositions législatives contestées méconnaissent le principe d'égalité devant la loi qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens, en tant qu'elles mettent en œuvre, s'agissant de la durée de l'assignation à résidence, un traitement distinct sans rapport avec l'objet de la loi entre l'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou qui doit être reconduit à la frontière en exécution d'une décision de transfert, d'un signalement aux fins de non-admission, d'une interdiction de retour ou d'une interdiction de circulation sur le territoire français, d'une part, et l'étranger qui doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction de territoire français, d'autre part.

1. S'il est constant que le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, il faut, dans l'un ou l'autre cas, que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit (Cons. const., 18 mars 2009, n° 2009-578 DC, cons. 19 : loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion ; 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC, cons. 3 : Union des familles en Europe [Associations familiales] ; 27 novembre 2015, n° 2015-501 : computation du délai pour former une demande de réhabilitation judiciaire pour une peine autre que l'emprisonnement ou l'amende). Ce contrôle de l'adéquation entre le but poursuivi et la différence de traitement mise en œuvre débouche sur un contrôle de proportionnalité. Ainsi, est contraire à la Constitution une différence de traitement qui dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière retenue (Cons. const., 10 juin 2004 : n°2004-496 DC § 14).

2. S'agissant de l'assignation à résidence prévue par l'article L. 561-1 du CESEDA, il est fait une distinction de traitement entre les étrangers selon la décision qui constitue la base légale de l'éloignement.

Si, compte tenu de la différence entre l'étranger frappé d'une interdiction du territoire français ou faisant l'objet d'une mesure d'expulsion, d'une part, et l'étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français (art. 561-1 alinéa 2), d'une décision de transfert (al. 3), d'un signalement aux fins de non admission (al. 4) ou d'une interdiction de retour ou de circulation (al. 5), d'autre part, une différence de traitement peut être mise en œuvre, c'est à la condition qu'elle soit en rapport avec l'objet de la loi.

Or, les raisons pour lesquelles les premiers peuvent être assignés à résidence pour une durée indéterminée, et les second pour une durée de six mois renouvelable une fois seulement, est sans rapport avec l'objet des dispositions législatives concernées.

L'article L. 561-1 du CESEDA a en effet pour objet de prendre acte de l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement et de garantir le maintien de la personne concernée à la disposition de l'administration pour l'exécution de cette mesure d'éloignement si cette impossibilité prenait fin.

Peu importe, au regard de cet objet, que l'étranger ait fait l'objet d'une condamnation pénale avec prononcé d'une interdiction du territoire : l'intéressé n'est pas plus que les autres susceptibles de se soustraire à l'exécution de la mesure d'éloignement en l'absence d'une assignation à résidence, ni même de présenter un risque de trouble à l'ordre

public, lequel ne peut résulter de la seule circonstance que l'intéressé a commis une infraction et a été pénalement sanctionné.

La distinction de traitement au regard de la durée de l'assignation à résidence est donc sans rapport avec l'objet des dispositions législatives contestées, de sorte que le principe d'égalité est méconnu.

La non conformité à la Constitution des dispositions contestées est certaine.

* *
*

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, l'exposant conclut qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

- **ADMETTRE** le GISTI en son intervention volontaire ;
- **DECLARER** contraire à la Constitution l'article L. 561-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

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

Productions :

- 1- Statuts du GISTI
- 2- Mémoire en intervention volontaire devant le tribunal administratif de Paris.