

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX
10^E CHAMBRE
QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ
ARTICLE 23-1 DE L'ORDONNANCE N°58-1067 DU 7 NOVEMBRE 1958
ARTICLE R. 771-3 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE
REQUETE N° 491849

La Cimade, service œcuménique d'entraide

Le Gisti

Associations requérantes

Monsieur le secrétaire général du Gouvernement

Monsieur le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur

Défendeurs

OBJET : question prioritaire de constitutionnalité sur la conformité des dispositions de des articles L. 571-1, L572-1 et suivants, avec les droits et libertés garantis par la Constitution.

DISCUSSION

1. Les dispositions en cause

L'article L 571-1 du code de l'entrée, du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit que :

« Lorsque l'autorité administrative estime que l'examen d'une demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat qu'elle entend requérir, en application du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, il est procédé à l'enregistrement de la demande selon les modalités prévues au chapitre I du titre II.

Une attestation de demande d'asile est délivrée au demandeur selon les modalités prévues à l'article L. 521-7. Elle mentionne la procédure dont il fait l'objet. Elle est renouvelable durant la procédure de détermination de l'Etat responsable et, le cas échéant, jusqu'à son transfert effectif à destination de cet Etat.

Le présent article ne fait pas obstacle au droit souverain de l'Etat d'accorder l'asile à toute personne dont l'examen de la demande relève de la compétence d'un autre Etat. »

L'article L. 572-1 du CESEDA prévoit que :

« Sous réserve du troisième alinéa de l'article L. 571-1, l'étranger dont l'examen de la demande d'asile relève de la responsabilité d'un autre Etat peut faire l'objet d'un transfert vers l'Etat responsable de cet examen.

Toute décision de transfert fait l'objet d'une décision écrite motivée prise par l'autorité administrative.

Cette décision est notifiée à l'intéressé. Elle mentionne les voies et délais de recours ainsi que le droit d'avertir ou de faire avertir son consulat, un conseil ou toute personne de son choix. Lorsque l'intéressé n'est pas assisté d'un conseil, les principaux éléments de la décision lui sont communiqués dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend. »

L'article L. 572-2 du CESEDA prévoit que :

« La décision de transfert ne peut faire l'objet d'une exécution d'office avant l'expiration d'un délai de quinze jours. Toutefois, ce délai est ramené à quarante-huit heures dans les cas où une décision d'assignation à résidence en application de l'article L. 751-2 ou de placement en rétention en application de l'article L. 751-9 a été notifiée avec la décision de transfert ou que l'étranger fait déjà l'objet de telles mesures en application des articles L. 731-1, L. 741-1, L. 741-2, L. 751-2 ou L. 751-9.

Lorsque le tribunal administratif a été saisi d'un recours contre la décision de transfert, celle-ci ne peut faire l'objet d'une exécution d'office avant qu'il ait été statué sur ce recours. »

L'article L 572-3 du CESEDA prévoit que :

La procédure de transfert vers l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile ne peut être engagée dans le cas de défaillances systémiques dans l'Etat considéré mentionné au 2 de l'article 3 du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

2. Mémoire distinct et motivé

L'article R. 771-3 du CJA prévoit que :

« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé, conformément aux dispositions de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Ce mémoire, ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient, portent la mention : " question prioritaire de constitutionnalité ".

C'est le cas en l'espèce.

3. Sur l'applicabilité au litige

Le Conseil Constitutionnel a considéré *« qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »* (Cf. CC, 14 octobre 2010, n°2010-52 QPC, §4)

Les dispositions des articles L 571-1, L. 572-1 à L. 572-3 du code sont applicables au présent litige.

4. Absence de décisions de conformité antérieure

Les dispositions critiquées ont été créées par l'ordonnance n°2020-1733 du 16 décembre 2020. Le Conseil d'Etat a jugé dans son arrêt d'assemblée du 16 décembre 2020 que :

6. Toutefois, celles de leurs dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au Gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au Gouvernement. L'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même celles-ci seraient illégales. Par sa décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel en a déduit que les dispositions d'une ordonnance qui relèvent du domaine législatif entrent, dès l'expiration du délai d'habilitation, dans les prévisions de l'article 61-1 de la Constitution et que leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut ainsi être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité. Cf. CE, Assemblée, 16 décembre 2020, n°440258 et 24 février 2022, n°450185)

La loi d'habilitation a fixé le délai de ratification de l'ordonnance à trois mois, à compter de la publication de l'ordonnance et un projet de loi de ratification a été déposé par le Gouvernement le 17 mars 2021 devant le bureau de l'Assemblée nationale puis le 15 juin 2022 devant celui du bureau du Sénat et n'a pas encore et inexplicablement été adopté. Ces dispositions n'ont pas été jugées conformes dans le dispositif ou les motifs d'une décision de contrôle de constitutionnalité ou une précédente question prioritaire de constitutionnalité.

5. Sur la question sérieuse

Le Conseil constitutionnel a jugé que :

9. Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». La transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive ou ce règlement des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. Et 13. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Cf. CC, 19 octobre 2021, n° 2021-940 QPC

Le Conseil constitutionnel a ainsi affiné sa jurisprudence concernant les dispositions législatives qui sont prises pour transposition ou adaptation du droit de l'Union. D'une part, il considère qu'il n'est pas compétent pour connaître des questions relatives à des dispositions transposant celles précises et inconditionnelles d'une directive ou d'un règlement. Cela laisse ouvert la possibilité de le saisir lorsque les dispositions de la directive sont facultatives ou des mesures optionnelles du droit européen comme c'est le cas en l'espèce, puisque les articles critiqués sont l'adaptation des dispositions des articles 3 et 17 du règlement 604/2013. D'autre part, indépendamment du caractère facultatif ou inconditionnel de la disposition du droit de l'Union, le Conseil constitutionnel s'estime compétent lorsque la règle et le principe ne trouve pas son équivalent dans le droit de l'Union européenne.

Sur les droits et libertés garantis par la Constitution

Sur le droit d'asile

L'article 53-1 de la Constitution prévoit que :

« La République peut conclure avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. »

« Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif. »

Le Conseil constitutionnel a souligné que le droit constitutionnel d'asile est un principe de valeur constitutionnelle (Cons. constit. Dec. n^{os} 92-107DC du 25 février 1992 ; 93-325 DC du 13 août 1993 ; 97-389 DC du 22 avril 1997 ; 2003-485 DC du 4 décembre 2003).

Le Conseil Constitutionnel avec pour président le regretté Robert Badinter, a indiqué dans sa célèbre décision n°93-325 DC du 13 août 1993 que :

« Considérant toutefois 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 ; » §3

Et surtout sur le droit d'asile que :

« Considérant que le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel renvoie le préambule de la Constitution de 1958 dispose par son quatrième alinéa : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République » ; que si certaines garanties attachées à ce droit ont été prévues par des conventions internationales introduites en droit interne, il incombe au législateur d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle ; que s'agissant d'un droit fondamental dont la reconnaissance détermine l'exercice par les personnes concernées des libertés et droits reconnus de façon générale aux étrangers résidant sur le territoire par la Constitution, la loi ne peut en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle ; §84

Le premier alinéa consacre la possibilité pour la République de conclure « avec des Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. »

Il s'agissait à l'époque des accords et conventions de Schengen puis de la convention du 15 juin 1990 signée à Dublin qui a donné son nom au système de détermination de la responsabilité pour l'examen d'une demande d'asile qui est désormais inscrit dans le droit communautaire, mentionné à l'article 88-1 de la Constitution, au travers des règlements N°603/2013 dit Eurodac, N°604/2013 dit Dublin et pour leur application le règlement 1560/2003 modifié par le règlement 118/2014/UE et prochainement remplacé par les règlements du 14 mai 2024, rebaptisant le règlement de l'acronyme

anglais AMMR (asylum and migration management régulation) qui a une lettre près, décrit le sentiment qu'il créé.

La Constitution prévoit que l'Etat européen avec lequel est conclu un accord a des engagements identiques aux siens en matière d'asile. C'est le cas pour les Etats-membres de l'Union européenne qui sont tenus d'appliquer le régime d'asile européen commun, constitué des règlements précités et des directives 2011/95/UE, 2013/32/UE et 2013/33/UE dites « qualification », procédures et accueil.

Que se passe-t-il lorsqu'un Etat européen ne peut ou ne veut, appliquer ces engagements ? La question est inédite en ce qui concerne l'application des dispositions constitutionnelles. Celles-ci indiquent clairement que la condition pour conclure un accord est le respect des engagements identiques. Si en raison d'une décision unilatérale de l'autre partie, ces engagements ne sont plus effectifs, faut-il en suspendre l'application ?

Or, les dispositions critiquées n'envisagent pas cette hypothèse, en ne prévoyant pas que la procédure de détermination doit être interrompue dans ce cas. L'article L. 571-1 créé une obligation pour le préfet compétent de requérir l'Etat susceptible d'être responsable et l'article L 572-3 ne prévoit que de ne pas l'engager dans le cas de défaillances systémiques dans l'Etat considéré mentionné au 2 de l'article 3 du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013.

Le pouvoir constitutionnel en 1993 ne pouvait certes imaginer qu'un Etat-membre puisse ainsi ne pas respecter ses obligations mais le législateur a fait preuve d'incompétence négative en ne prévoyant pas l'hypothèse d'un tel défi au sens premier du terme.

Il serait possible d'imaginer que cette incompétence est réglée par une interprétation « dynamique » des dispositions du 2e alinéa de l'article 53-1 de la Constitution mais ces dispositions ne le permettent pas.

Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a dégagé du Préambule de la Constitution, le principe que la personne qui est persécutée en raison de son combat en faveur de la liberté a le droit de demeurer provisoirement sur le territoire pendant l'examen de sa demande. L'article 53-1 de la Constitution a consacré ce principe que les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à toute personne persécutée en raison de son combat en faveur de la liberté ou pour tout autre motif.

Dans l'avis N°355113 du 23 septembre 1993, l'assemblée générale du Conseil d'Etat a considéré que:

« Il résulte de ces décisions que si la Constitution fait obstacle à ce que les autorités françaises puissent, sans examiner leur demande, remettre à l'Etat responsable du traitement de cette demande, en vertu de la convention de Schengen, les demandeurs d'asile se réclamant du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, elle n'interdit pas au législateur de déterminer les conditions dans lesquelles il est procédé à l'examen du cas de ces demandeurs d'asile. »

Dans ces conclusions sur l'affaire Rogers (CE, assemblée 18 décembre 1996, n°160856), le président Delarue a indiqué que le Conseil Constitutionnel avait affirmé le principe constitutionnel d'asile « *en se fondant exclusivement sur les textes constitutionnels eux-mêmes* » et en en déduisant certains droits propres (cons.4) et certaines règles de procédure (cons. 88) », et se demandait si le Conseil avait entendu séparer deux populations distinctes parmi celles qui demandent l'asile et prévoir des règles spécifiques pour celles qui invoquent les dispositions du 4e alinéa du préambule et le deuxième alinéa de l'article 53-1 de la constitution « (p.17).

La loi du 11 mai 1998 a répondu à cette question, c'est l'OFPRA, qui, sous le contrôle de la Cour nationale du droit d'asile, reconnaît en application de l'article L 511-1 du CESEDA, la qualité de réfugié à la « personne persécutée en raison de son combat en faveur de la liberté », reproduisant à l'identique les termes utilisés par l'article 53-1 de la Constitution. La loi a souhaité que cet examen soit commun avec la détermination du statut de réfugié selon la convention de Genève effectué depuis 1952 par l'OFPRA, le Conseil Constitutionnel considérant que « *les demandes de reconnaissance de la qualité de réfugié fondées sur l'article 1er de la Convention de Genève et sur le quatrième alinéa du Préambule*

de la Constitution de 1946, présentent entre elles un lien étroit ; que, bien que présentées sur des fondements juridiques distincts, elles requièrent un examen éclairé des mêmes circonstances de fait et tendront, en vertu du deuxième alinéa de l'article 29 de la loi déferée, au bénéfice d'une protection identique ; que, dans l'intérêt du demandeur comme dans celui d'une bonne administration de la justice, il était loisible au législateur d'unifier les procédures de sorte que les demandes fassent l'objet d'une instruction commune et de décisions rapides sous le contrôle de cassation du Conseil d'État » (cf. Conseil Constitutionnel, 22 avril 1998, n°98-399 DC, §20)

Depuis l'entrée en vigueur de la loi, l'application de cette notion d'asile « constitutionnel » est certes rare mais il ressort des décisions de la Cour nationale du droit d'asile que le juge de l'asile a souhaité la distinguer des critères de la convention de Genève et du statut de réfugié prévu par la directive 201/95/UE, en liant « le combat en faveur de la liberté » aux droits et libertés proclamés par de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (cf. CRR, 22 décembre 1998, 328683, H. ; CNDA, 27 octobre 2009, 646616/09005419, Mlle C. ; CNDA, 2 juillet 2009, 629612/08010080, V, CNDA 20 décembre 2011 M. B. n° 11012333 R, CNDA 23 février 2011 Mme B. n° 10012782 C+, CNDA 4 janvier 2011 Mme H. n° 10000337 C+, CNDA 29 juin 2012 M. M. A. S. n° 11016913 C, et CNDA 4 mai 2015 Mme Y. n° 14036089 C , CNDA 17 février 2020 Mme A. n° 17049253 C+)). Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile que l'asile « constitutionnel », qui fait partie des droits et libertés spécifiques à la République Française, ne peut être assimilé complètement aux critères de la convention de Genève, ni aux critères de la protection subsidiaire fixés par la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 et du règlement 2024/1347 du 14 mai 2024 et qui fait donc partie de l'identité constitutionnelle française.

Les termes « pour tout autre motif » n'ont pas donné lieu à pareille jurisprudence. Toutefois, il ressort des débats parlementaires de la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993, qui ressemble par bien des aspects aux débats contemporains, que ces termes ont été employés pour envisager l'admission au séjour de façon discrétionnaire dans toute hypothèses aussi bien familiale, humanitaire. C'est d'ailleurs la seule disposition de la Constitution qui est écrite ainsi.

Depuis 31 ans, le Conseil d'Etat les interprète en ce sens :

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en énonçant que " lorsque l'examen de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat, il convient de notifier à l'étranger un refus d'admission au séjour en application du 1° de l'article L. 741-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, sans qu'il soit nécessaire d'attendre la réponse de l'Etat membre concerné ", le ministre de l'intérieur n'a méconnu, contrairement à ce que soutient la requérante, ni les dispositions précitées de l'article L. 741-4, qui n'impliquent pas que le refus de séjour ne soit notifié que lorsque l'Etat dont relève l'examen de la demande d'asile a reconnu sa compétence, ni les dispositions des articles 19 et 20 du règlement du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, qui ne portent que sur la procédure de remise du demandeur d'asile à l'Etat compétent pour examiner sa demande ; qu'il n'a pas davantage méconnu la possibilité, reconnue aux autorités de la République par les dispositions de l'article 53-1 de la Constitution, d'accorder l'asile à un étranger dont la demande ne relèverait pas de leur compétence en vertu de ce règlement, lesquelles n'ont ni pour objet ni pour effet de réserver à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides l'examen, au titre des dispositions constitutionnelles, des demandes d'asiles présentées auprès des autorités françaises mais qui, en application du droit de l'Union, ne relèvent en principe pas de l'examen par la France de la demande ;

Cf. CE, 30 décembre 2013, Cimade n°350193

Le Conseil d'Etat a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la portée des dispositions des articles L. 742-1 et suivants du code alors en vigueur et a refusé de la transmettre en considérant que :

5. Considérant qu'aux termes du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution : " Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République " ; que, toutefois, l'article 53-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile, a permis à la République de " conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées " ; que les dispositions du second alinéa de cet article 53-1, selon lesquelles " même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ", si elles réservent le droit souverain de l'Etat d'accorder l'asile à toute personne étrangère alors même que l'examen de sa demande d'asile relèverait de la compétence d'un autre Etat, ne sauraient par elles-mêmes s'opposer à l'application de dispositions mettant en oeuvre les accords, conclus avec des Etats européens, en vertu desquels l'examen de demandes d'asile peut relever de la compétence d'un autre Etat que la France :

6. Considérant que les dispositions de l'article L. 742-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoient des mesures susceptibles d'être prises par l'autorité administrative aux fins de mise en oeuvre de la procédure de détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, organisée par le règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil en date du 26 juin 2013 ; que ces dispositions ne s'opposent pas, ainsi que le relève d'ailleurs explicitement le dernier alinéa de l'article L. 742-à ce que l'Etat puisse souverainement décider d'accorder l'asile à une personne étrangère dont l'examen de la demande d'asile relèverait pourtant de la compétence d'un autre Etat en vertu du règlement du 26 juin 2013 ; qu'elles ne méconnaissent pas le droit d'asile énoncé au quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui, compte tenu des dispositions de l'article 53-1 de la Constitution, n'implique pas que l'étranger qui s'en prévaut bénéficie d'un droit au séjour provisoire sur le territoire qui excéderait le droit au maintien sur le territoire prévu dans le cadre de la procédure de détermination de l'Etat responsable de l'examen de sa demande d'asile en vertu du règlement du 26 juin 2013 ;

Cf. CE, 1er juin 2018, Ndkuriyo, n°418862

Ainsi les dispositions législatives en vigueur, telles qu'elles sont interprétées de façon constante par la jurisprudence du Conseil d'Etat, font des dispositions du du dernier alinéa de l'article L.571-1 du CESEDA qui sont rappelées à l'article L.572-1, une simple faculté.

Les dispositions critiquées sont donc entachées d'une incompétence négative du législateur

La question est donc sérieuse.

CONCLUSIONS

Il est demandé au Conseil d'Etat :

- de transmettre au Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité de la conformité des dispositions en cause avec les droits et libertés garantis par la Constitution :
- de surseoir à statuer dans la présente instance.

Pour les associations requérantes,

Henry MASSON