

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

**PREMIÈRES OBSERVATIONS**

- POUR :**
1. M. Harikaran N.
  2. **Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE)**
  3. **Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)**

*SCP SPINOSI*

**À l'appui de la question transmise par l'arrêt de la  
Cour de cassation en date du 16 décembre 2021**

Tendant à faire constater qu'en édictant les dispositions combinées des articles L. 221-1 et L. 222-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – dont il résulte que, avant un délai de quatre jours, l'étranger maintenu en zone d'attente est privé de toute possibilité de saisir le juge judiciaire en vue de mettre fin à sa privation de liberté et que, dans une telle situation, le juge judiciaire ne peut pas davantage intervenir de sa propre initiative –, le législateur a porté atteinte à la liberté individuelle et au droit à un recours effectif, garantis respectivement par les articles 16 de la Déclaration des droits et 66 de la Constitution, tels qu'éclairés par le droit constitutionnel d'asile issu de l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946.

**Question n° 2021-983 QPC**

I. Par un arrêt en date du 16 décembre 2021 (n° 21-17.228), la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité ayant pour objet de faire constater la non-conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions combinées des articles L. 221-1 et L. 222-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA ») en ce qu'elles disposent :

### **Art. L. 221-1 du CESEDA**

*« L'étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français peut être maintenu dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international figurant sur une liste définie par voie réglementaire, dans un port ou à proximité du lieu de débarquement ou dans un aéroport, pendant le temps strictement nécessaire à son départ.*

*Le présent titre s'applique également à l'étranger qui demande à entrer en France au titre de l'asile, le temps strictement nécessaire pour vérifier si l'examen de sa demande relève de la compétence d'un autre Etat en application du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, ou en application d'engagements identiques à ceux prévus par le même règlement, si sa demande n'est pas irrecevable ou si elle n'est pas manifestement infondée.*

*Lorsque l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, dans le cadre de l'examen tendant à déterminer si la demande d'asile n'est pas irrecevable ou manifestement infondée, considère que le demandeur d'asile, notamment en raison de sa minorité ou du fait qu'il a été victime de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle, nécessite des garanties procédurales particulières qui ne sont pas compatibles avec le maintien en zone d'attente, il est mis fin à ce maintien. L'étranger est alors muni d'un visa de régularisation de huit jours. Dans ce délai, l'autorité administrative compétente lui délivre, à sa demande, une*

*attestation de demande d'asile lui permettant d'introduire cette demande auprès de l'office.*

*Le maintien en zone d'attente d'un mineur non accompagné, le temps strictement nécessaire à l'examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas irrecevable ou manifestement infondée, n'est possible que de manière exceptionnelle et seulement dans les cas prévus aux 1° et 2° du I, au 1° du II et au 5° du III de l'article L. 723-2.*

*Les dispositions du présent titre s'appliquent également à l'étranger qui se trouve en transit dans une gare, un port ou un aéroport si l'entreprise de transport qui devait l'acheminer dans le pays de destination ultérieure refuse de l'embarquer ou si les autorités du pays de destination lui ont refusé l'entrée et l'ont renvoyé en France.*

*Le présent titre s'applique également à l'étranger qui arrive en Guyane par la voie fluviale ou terrestre.*

*Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article. Il précise les modalités de prise en compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile et, le cas échéant, de ses besoins particuliers. »*

### **Art. L. 222-1 du CESEDA**

*« Le maintien en zone d'attente au-delà de quatre jours à compter de la décision initiale peut être autorisé, par le juge des libertés et de la détention statuant sur l'exercice effectif des droits reconnus à l'étranger, pour une durée qui ne peut être supérieure à huit jours. »*

**II.** Pour transmettre la présente question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation a d'abord relevé que « *les dispositions contestées, dans leur version antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020, sont applicables au litige* » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 2021, n° 21-17.228, § 4).

Puis la Cour de cassation a relevé que ces dispositions « *n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* » (Ibid. § 5).

Enfin, la Cour de cassation a jugé que « *la question posée présente un caractère sérieux, en ce que le délai de quatre jours à compter duquel le placement d'un étranger en zone d'attente ne peut être maintenu sans autorisation du juge judiciaire, pourrait être considéré comme excessif* » (*Ibid.* § 6).

### ***Sur la méconnaissance des droits et libertés que la Constitution garantit***

**III.** Devant le Conseil constitutionnel, et au soutien de cette question, les exposants entendent faire valoir que le législateur a méconnu des droits et libertés que la Constitution garantit.

En effet, en édictant les dispositions combinées des articles L. 221-1 et L. 222-1 du CESEDA – dont il résulte que, avant un délai de quatre jours, l'étranger maintenu en zone d'attente est privé de toute possibilité de saisir le juge judiciaire en vue de mettre fin à sa privation de liberté et que, dans une telle situation, le juge judiciaire ne peut pas davantage intervenir de sa propre initiative –, le législateur a porté atteinte à la liberté individuelle et au droit à un recours effectif, garantis respectivement par les articles 16 de la Déclaration des droits et 66 de la Constitution, tels qu'éclairés par le droit constitutionnel d'asile issu de l'alinéa 4 du préambule de la Constitution de 1946.

**III-1** En droit, il convient de rappeler que selon 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 ».*

**III-1.1** A ce titre, comme l'a énoncé très tôt le Conseil constitutionnel, le constituant a entendu réaffirmer « *l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958* », en l'occurrence la liberté individuelle.

En outre, il a souhaité « *en confie[r] la garde à l'autorité judiciaire* » (Cons. constit. Déc. n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, cons. 2).

Certes, « *dans l'exercice de sa compétence* », il est loisible au législateur de « *fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter* » (Cons. constit. Déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 14).

Toutefois, toujours selon une jurisprudence constitutionnelle constante, l'ensemble des mesures susceptibles d'affecter la liberté individuelle doivent constamment être « *conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle* » (Cons. constit. Dec. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, cons. 6).

Il en est tout particulièrement ainsi des mesures qui privent une personne de sa liberté ou restreignent gravement sa liberté de mouvement (v. not. Cons. constit. Dec. n°s 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 ; 2014-446 QPC du 29 janvier 2015).

A cet égard, le Conseil constitutionnel a énoncé que :

**« lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère l'article 66 de la Constitution en tant que gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel »** (Cons. const., Dec. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 60)

Il s'agit là d'un principe constant, repris à l'identique au sein de la décision n° 2003-484 du 20 novembre 2003 (cons. 74).

Il en résulte que le juge des libertés et de la détention a le pouvoir de prononcer la mise en liberté d'un étranger, sans attendre que le juge administratif se prononce sur l'existence, la date ou le contenu de l'arrêté de maintien en rétention.

Et ce d'autant que le Conseil constitutionnel a jugé que « *la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à*

***L'autorité judiciaire ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge judiciaire intervient dans le plus court délai possible***» (Cons. const., Dec. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. 63).

Ces exigences constitutionnelles sont d'autant plus consistantes qu'elles sont en parfaite convergence avec les exigences européennes.

Ainsi, sur le fondement de l'article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à la liberté et à la sûreté – lequel garantit notamment à « *toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention [...] le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* » –, la Cour européenne des droits de l'homme insiste sur la nécessité de permettre « *un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu* » (v. not. Cour EDH, 12 juillet 2016, *A.M. c. France*, n° 56324/13, § 40).

Dans le même sens, et tout particulièrement concernant la privation de liberté des ressortissants étrangers, la Cour de justice de l'Union européenne affirme elle aussi fermement qu'« *une autorité judiciaire statuant sur une demande de prolongation de rétention doit être en mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour déterminer si une prolongation de la rétention est justifiée [...], ce qui nécessite un examen approfondi des éléments de fait propres à chaque cas d'espèce* » (CJUE, 5 juin 2014, *Mahdi*, aff. C-146/14 PPU, § 62).

**III-1.2** Corrélativement, il importe de rappeler qu'en matière de privation administrative de liberté des étrangers, le Conseil constitutionnel insiste constamment sur la célérité qui doit accompagner l'intervention du juge judiciaire (Cons. Const., 9 janvier 1980, n° 79-109 DC ; 13 août 1993, n° 93-325 DC ; 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC ; 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC).

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a admis que la condition au prononcé d'une mesure de rétention administrative d'une durée de cinq jours résidait dans la possibilité de contester cette décision dans un délai de quarante-huit heures, désormais devant le juge judiciaire,

depuis la loi du 7 mars 2016 (Cons. Const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, §§ 71 72).

En vertu de cette exigence de diligence, le ressortissant étranger peut alors voir statuer sur sa privation de liberté le lendemain de son placement en rétention.

En tout état de cause, l'autorité judiciaire doit conserver la possibilité d'interrompre à tout moment la procédure de maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient (Cons. Const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC préc. § 75 ; 4 octobre 2019, n° 2019-807 QPC).

Plus généralement, et toujours en matière de privation de liberté, le Conseil constitutionnel a considéré qu'un contrôle du juge judiciaire devait également être exercé aussi promptement que possible en cas d'hospitalisation forcée (Cons. Const., 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; 20 juin 2020, n° 2020-844 QPC) ; en l'occurrence, soixante-douze heures. Il en va de même s'agissant d'une mesure de confinement sans consentement (Cons. Const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC).

**III-2** En outre, et encore en droit, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose que « *toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel estime qu'« *il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Cons. constit. Déc. n°s 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 83 ; et 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, cons. 4).

Dès lors, la privation même de tout droit au recours est en soi contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. constit. Déc. n° 2010-614 DC du 4 novembre 2010, cons. 4 et 5).

De même, méconnaissent aussi ce droit les dispositions qui enserrent l'exercice du recours dans des conditions telles qu'elles impliquent « une atteinte [...] substantielle au droit à un recours juridictionnel » contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Cons. constit. n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 85).

En outre, les dispositions qui manquent de préciser les titulaires de ce droit de recours et, plus largement, les conditions d'exercice d'un tel droit privent de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif (Cons. constit. Dec. n° 2012-268 QPC du 27 juil. 2012, cons. 9).

En somme, en vertu de l'article 16 de la Déclaration des droits, il incombe au législateur de garantir pleinement l'existence et l'effectivité des recours juridictionnels, en particulier afin que la protection juridictionnelle des autres libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle soit elle aussi effective.

**III-3** Enfin, et toujours en droit, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, dispose en 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* ».

A l'aune de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a souligné que le droit d'asile constitutionnel est un principe de valeur constitutionnelle (Cons. constit. Dec. nos 92-107DC du 25 février 1992 ; 93-325 DC du 13 août 1993 ; 97-389 DC du 22 avril 1997 ; 2003-485 du DC du 4 décembre 2003).

Il en résulte 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* »

(Cons. constit. Dec. n° 93-325 DC du 13 août 1993, § 81 ; v. aussi Cons. constit. Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, § 10).

Ainsi, et à titre d'illustration, le Conseil constitutionnel a précisé les conditions dans lesquelles une demande au titre de l'asile constitutionnel devait être examinée et a jugé en particulier que :

*« Le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ; que le respect de cette exigence suppose que les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas ; que le droit souverain de l'Etat à l'égard d'autres parties contractantes à des conventions doit être entendu comme ayant été réservé par le législateur pour assurer le respect intégral de cette obligation ; que ce n'est que sous cette stricte réserve d'interprétation que la disposition sus-analysée peut être regardée comme conforme à la Constitution »* (Cons. constit. Dec. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 88).

**IV.** Or, en l'occurrence, il est manifeste que les dispositions litigieuses des articles L. 221-1 et L. 222-1 du CESEDA méconnaissent frontalement l'ensemble de ces exigences.

Et ce, en ce qu'il résulte de cette combinaison légale qu'avant un délai de quatre jours, l'étranger maintenu en zone d'attente est privé de toute possibilité de saisir le juge judiciaire en vue de mettre fin à sa privation de liberté et que, dans une telle situation, le juge judiciaire ne peut pas davantage intervenir de sa propre initiative.

**IV-1** En effet, il convient de rappeler que, à la suite de la censure opérée par la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992, la loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 a prévu qu'une personne qui sollicite l'asile à la frontière pouvait être maintenue le temps strictement nécessaire à l'examen du caractère manifestement infondé de sa demande pendant une durée de quarante-huit heures.

Depuis la loi du 20 novembre 2007, il ressort de l'article L. 221-3 du CESEDA que le maintien en zone d'attente est prononcé par l'autorité administrative pour une durée initiale de quatre jours.

Il n'est pas inutile de rappeler qu'auparavant, cette durée était de 48 heures, renouvelable une fois, ce qui conduisait la police aux frontières à devoir procéder à la notification de la mesure de renouvellement pour une nouvelle période de 48 heures après avoir recueilli l'accord du procureur de la République. L'augmentation de la durée de la première période du maintien en zone d'attente de 48 heures à quatre jours a eu pour effet de supprimer purement et simplement un tel contrôle.

Désormais, au terme de quatre jours et dans l'hypothèse où la personne est toujours en zone d'attente, l'administration sollicite du juge des libertés et de la détention l'autorisation de prolonger ce maintien pour huit jours au plus. A l'expiration de ce délai, l'administration peut à nouveau lui demander une prolongation « *exceptionnelle* », qui peut atteindre au maximum huit jours supplémentaires.

Ce n'est donc qu'à l'issue de cette période de quatre jours que le législateur a prévu, à l'article L. 222-1 du CESEDA, l'intervention de l'autorité judiciaire, incarnée par le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il s'agit de la prolongation du maintien en zone d'attente sur demande de l'administration.

Durant les quatre premiers jours du maintien en zone d'attente, l'étranger privé de sa liberté individuelle n'est ainsi pas garanti d'avoir la possibilité de saisir le juge judiciaire pour contester la coercition qu'il subit.

De surcroît, aucun dispositif de saisine automatique n'est mis en place durant cette période et le juge judiciaire ne dispose d'aucun fondement textuel pour se saisir lui-même s'il l'estime nécessaire.

Par ailleurs, la possibilité pour l'étranger de saisir la juridiction administrative d'un recours suspensif contre une décision de refus d'entrée au titre de l'asile, prévu à l'article L. 213-9 du CESEDA, ne saurait être considérée comme une voie de droit permettant alternativement de préserver l'accès au juge.

En effet, ce recours n'a pas pour objet la décision administrative de privation de liberté mais porte uniquement sur celle du ministre se prononçant sur l'entrée au titre de l'asile de l'étranger.

Or, ce délai de quatre jours, durant lequel le juge judiciaire ne peut intervenir, constitue manifestement une durée excessive.

**IV-1.1** En effet, et d'une part, un tel délai n'est pas justifié par la nécessité de procéder à l'examen du caractère manifestement infondé ou irrecevable de la demande, prévu par les articles L. 213-2 et L. 213-8-1 du CESEDA, cet examen lui-même étant encadré en ce sens où l'audition du demandeur et l'avis émis par l'OFPRA - qui lie le ministre chargé de l'immigration en l'absence de trouble grave à l'ordre public - doivent être réalisés dans un délai de deux jours ouvrés.

Au surplus, et en tout état de cause, la procédure administrative exigerait-elle plus de temps que ses délais ne justifieraient pas l'absence de possibilité d'intervention du juge judiciaire.

Tout au plus seraient-ils un motif de rejet d'une demande de cessation de la privation administrative de liberté ou d'une demande d'annulation d'une prolongation.

**IV-1.2** D'autre part, le délai de quatre jours est imprécis, puisque le législateur n'a pas indiqué s'il s'agissait de jours francs ou non.

Dans le cas où la deuxième hypothèse serait retenue, il n'est pas davantage précisé si le contrôle du juge peut intervenir avant le premier jour ouvrable si la décision administrative initiale prend fin un samedi, un dimanche ou un jour férié – sans quoi la durée du maintien sans contrôle serait allongée au-delà même de quatre jours.

**IV-2** Dès lors, il n'existe aucune justification à la circonstance que la mesure initiale de privation de liberté, décidée par l'administration de maintien en zone d'attente, puisse durer aussi longtemps sans l'intervention d'un contrôle judiciaire.

Et ce, alors qu'une telle intervention est prévue dès l'échéance d'un délai de 48 heures pour la rétention administrative décidée sur le fondement de l'article L. 551-1 du CESEDA ou encore, également par contraste, de soixante-douze heures s'agissant des hospitalisations sans consentement.

La circonstance que le degré de contrainte serait prétendument moindre, en raison de la possibilité alléguée de quitter à tout moment la zone d'attente pour un lieu situé hors de France, ne saurait convaincre, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'une telle logique heurte de plein fouet l'exercice du droit constitutionnel d'asile.

A nouveau, il ne saurait être affirmé que la durée de quatre jours serait justifiée par la possibilité pour le demandeur de saisir la juridiction administrative d'un recours suspensif contre une décision de refus d'entrée au titre de l'asile, prévu à l'article L. 213-9 du CESEDA.

En effet, ce recours ne porte pas sur la décision administrative de privation de liberté mais sur celle du ministre concernant l'entrée sur le territoire au titre de l'asile et fixant le pays de destination du refoulement qui intervient par définition plusieurs dizaines d'heures après la décision de maintien, au cas d'espèce le lendemain.

Au demeurant, il apparaît qu'en pratique, malgré une demande d'asile déposée dès l'arrivée, le juge des libertés et de la détention est nécessairement le premier juge saisi de la situation de l'étranger, en dépit de la procédure rapide mise en place par le législateur pour l'asile à la frontière.

Dans ce contexte, la situation d'une personne placée en zone d'attente pour l'examen du caractère manifestement infondé ou irrecevable de sa demande d'asile n'est pas identique à celle de la personne qui est maintenue en rétention sur le fondement de l'article L. 556-1 du CESEDA.

A propos de cette dernière éventualité, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré qu'il relevait des juridictions de l'ordre administratif car elle « *constitue une décision relative au séjour des étrangers* » et que si l'examen du recours est différé après l'intervention de la décision de l'OFPRA, ces dispositions n'affectent « *ni le contrôle du juge des libertés et de la détention exercé sur la*

*décision de placement en rétention ni sa compétence pour examiner la prolongation de la rétention. D'autre part, les dispositions contestées ne privent pas le juge judiciaire de la faculté d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient et pour tout autre motif que celui tiré de l'illégalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement de l'étranger qui relèvent de la compétence du juge administratif» (Cons. constit. Décision n° 2019-807 QPC du 4 octobre 2019, § 10).*

Or, non seulement le législateur n'a aucunement prévu qu'une décision de maintien en zone d'attente puisse être contestée par une voie de recours rapide, dès son prononcé. Mais en outre, le juge judiciaire ne peut interrompre le maintien en zone d'attente de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger alors même que le placement en zone d'attente n'est qu'une faculté.

Au demeurant, ce dernier point constitue une différence fondamentale entre le maintien en zone d'attente et la rétention administrative, dans la mesure où, dans le second cas, le juge des libertés et de la détention peut intervenir lorsqu'il est avisé d'une situation illégale et ainsi mettre fin à la mesure de rétention.

Mais tel n'est pas le cas s'agissant des privations de liberté en zone d'attente, pour lesquelles aucun contrôle judiciaire de ces privations ne peut intervenir avant un délai de quatre jours.

**IV-3** En définitive, un ressortissant étranger maintenu en zone d'attente subit une atteinte à sa liberté individuelle dont la justification n'est soumise en aucune façon au contrôle de l'autorité judiciaire avant l'écoulement d'un délai excessivement long.

Cette atteinte n'est justifiée par aucune contrainte liée à la procédure administrative parallèle relative aux conditions d'entrée sur le territoire français.

Pas plus que ne l'est la manière dont est en conséquence affecté son droit au recours juridictionnel, lequel serait seul à même de garantir sa liberté.

De ce chef, les dispositions litigieuses sont vouées à la censure.

### *Sur les modalités de la censure*

**V. Il résulte de tout ce qui précède** que les dispositions combinées des articles L. 221-1 et L. 222-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile méconnaissent les droits et libertés que la Constitution garantit.

Et ce, en ce qu'elles ne privent l'étranger maintenu en zone d'attente, avant un délai de quatre jours, de toute possibilité de saisir le juge judiciaire en vue de mettre fin à sa privation de liberté et ne permettent pas davantage, dans une telle situation, au juge judiciaire d'intervenir de sa propre initiative.

Cependant, l'abrogation immédiate des dispositions contestées pourrait emporter des conséquences manifestement excessives, essentiellement en ce qu'elle risquerait de faire disparaître purement et simplement les quelques garanties légales – aussi insuffisantes soient-elles eu égard aux enjeux soulevés par la présente question – qui enserrent le maintien en zone d'attente, en particulier concernant la durée de cette mesure ainsi que l'intervention du juge judiciaire pour autoriser la prolongation du maintien en zone d'attente au-delà de quatre jours.

Cependant, le Conseil constitutionnel ne saurait se borner à reporter les effets temporels de la censure – afin de laisser au législateur le temps de remédier à l'inconstitutionnalité constatée – sans accompagner ce report d'un dispositif transitoire destiné à assurer **immédiatement** une protection effective des droits et libertés constitutionnellement garantis.

**V-1** En effet, il ne peut être toléré que perdure durant plusieurs mois encore – avant l'intervention définitive du législateur – une atteinte à la liberté individuelle et au droit à un recours effectif d'autant plus grave qu'elle affecte des personnes déjà particulièrement vulnérables car étrangères et privées de liberté.

En outre, il y a lieu de rappeler que tant qu'il n'est pas mis fin à l'inconstitutionnalité manifeste des dispositions liées à l'impossible intervention du juge judiciaire avant un délai de quatre jours, la situation subie par les personnes maintenues en zone d'attente demeure également contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi, sans correction au plus vite de l'inconstitutionnalité, la France reste exposée à un risque de condamnation devant la Cour européenne sur le fondement de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A cet égard, le risque de condamnation européenne est d'autant plus caractérisé que si la Cour de Strasbourg a pu admettre le principe même d'un report dans le temps d'une censure constitutionnelle, c'est à la condition qu'une telle décision soit justifiée, non arbitraire et que le report ne s'étende que sur une très brève période (Cour EDH, 1<sup>er</sup> mars 2018, *Chessa c. France*, n° 76186/11).

Or, en l'occurrence, la seule justification d'un tel report sans aménagement transitoire n'apparaît guère établie, dès lors qu'un dispositif conservatoire et temporaire est à la portée du Conseil constitutionnel pour assurer, dès sa décision, un minimum de garanties aux personnes maintenues en zone d'attente.

**V-2** Certes, nul ne conteste qu'il appartient prioritairement au législateur de tirer les conséquences d'une censure prononcée par le Conseil constitutionnel. Et ce, en s'assurant qu'il suive pleinement les enseignements de la décision ainsi rendue par ce dernier.

Pour autant, il est parfaitement loisible à la juridiction constitutionnelle d'assortir sa décision d'une réserve transitoire avant abrogation « *afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de sa décision* » (Cons. constit. Déc. n° 2014-457 QPC, 20 mars 2015, cons. 8 et 9) et ainsi de « *préserver l'effet utile de sa décision* » (Cons. constit. Déc. n° 2014-400 QPC, 6 juin 2014, cons. 10 et 11).

En ce sens, le Conseil constitutionnel peut proposer une interprétation neutralisante des dispositions litigieuses le temps que le législateur

intervienne (v. not. Cons. Constit. Déc. n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, § 13).

Entre autres possibilités, le Conseil constitutionnel peut ainsi assortir sa décision de censure avec report des effets dans le temps d'un dispositif transitoire qui prévoit l'extension d'un régime législatif existant afin de réduire temporairement la carence source de la censure constitutionnelle (en ce sens, v. not. Cons. constit. Décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, § 5 ; Décision n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, § 11).

**V-3** Or, en l'espèce, et à titre transitoire avant l'intervention du législateur, le Conseil constitutionnel pourrait agir d'une manière similaire pour préserver, certes *a minima* mais au moins de façon immédiate, les droits constitutionnels des personnes placées en zone d'attente.

Ainsi, le Conseil constitutionnel peut prévoir que ces personnes sont autorisées à user de la voie de recours instituée par les dispositions de l'article L. 741-10 du CESEDA selon lesquelles :

*« L'étranger qui fait l'objet d'une décision de placement en rétention peut la contester devant le juge des libertés et de la détention, dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa notification. Il est statué suivant la procédure prévue aux articles L. 743-3 à L. 743-18. ».*

En d'autres termes, le Conseil constitutionnel précisera que ces dispositions de l'article L. 741-10 du CESEDA seront temporairement et transitoirement interprétées comme pouvant être applicables aux personnes placées en zone d'attente.

Certes, un tel dispositif transitoire ne préjugerait en rien de la solution que le législateur pourrait finalement retenir, à titre définitif, afin de tirer les conséquences pérennes de la décision de censure du Conseil constitutionnel.

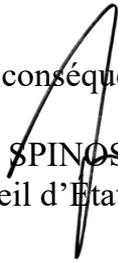
Mais ce faisant, et pour reprendre les mots du commentaire de la décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, un tel dispositif *« contribuera, pendant la période transitoire »* à neutraliser ou, à tout

le moins, à limiter au plus vite l'ampleur de la situation inconstitutionnelle qui procède des dispositions litigieuses afin que celle-ci demeure « résiduelle » le temps que le législateur n'intervienne.

**PAR CES MOTIFS**, les exposantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil constitutionnel de :

- **DÉCLARER** contraires à la Constitution les dispositions combinées des articles L. 221-1 et L. 222-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;
- **ABROGER** les dispositions litigieuses **en assortissant le report des effets temporels de la censure d'un dispositif transitoire** destiné à assurer immédiatement une protection effective des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Avec toutes conséquences de droit.

  
SPINOSI

SCP d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation