

**Commentaire de la décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003**

Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité

---

Définitivement adoptée le 28 octobre 2003, la « *loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* » modifie - en la complétant substantiellement - l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 « *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* ».

En raison des apports du débat parlementaire, la loi déferée comprend également, outre des mesures diverses et transitoires, plusieurs dispositions importantes modifiant le code du travail, le code civil, le code pénal et le code de procédure pénale.

La loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité a fait l'objet de deux saisines rédigées en termes identiques et présentées l'une par plus de soixante députés et l'autre par plus de soixante sénateurs.

Une quinzaine de dispositions étaient contestées. L'article 1<sup>er</sup> a été examiné d'office.

**I) Article 1<sup>er</sup> (Débat annuel sur la politique d'immigration)**

L'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée prévoit que le Gouvernement dépose chaque année devant le Parlement un rapport sur les orientations de la politique d'immigration. Le même article énumère en détails les indications et commentaires que devra contenir ce rapport et disposait en son dernier alinéa que « *Le dépôt du rapport est suivi d'un débat* ».

Cette dernière disposition a été censurée d'office.

En imposant en effet un débat en séance publique, sans y être habilité par la Constitution, le législateur ordinaire méconnaît les prérogatives constitutionnelles confiées, selon les cas, au Gouvernement ou aux instances compétentes de chaque assemblée, en matière d'ordre du jour parlementaire.

Même en dehors des heures de séance de la session ordinaire occupées par les priorités énoncées à l'article 48 de la Constitution, la compétence des conférences des présidents pour fixer la partie complémentaire de l'ordre du jour des assemblées ne saurait être liée à l'avance par le législateur ordinaire.

Les débats en séance publique sont seulement ceux prévus par la Constitution (articles 11, 45, 72-4 ...) ou par les textes auxquels la Constitution a renvoyé (loi organique relative aux lois de finances par exemple) en vue d'organiser le travail parlementaire.

La tenue des autres débats doit être décidée par « *chaque assemblée* » (art. 48) selon ses procédures propres et dans le cadre d'un ordre du jour par nature « glissant » qui (sauf autorisation constitutionnelle) ne peut être hypothéqué à l'avance par le législateur ordinaire. Le législateur ordinaire ne saurait en effet être confondu avec « *chaque assemblée* », surtout lorsque la loi n'est adoptée que grâce au « dernier mot » de l'Assemblée nationale.

## **II) Article 5 (Refus d'entrée)**

L'article 5 de la loi déferée substitue aux quatre derniers alinéas de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 un alinéa ainsi rédigé :

*« Tout refus d'entrée sur le territoire fait l'objet d'une décision écrite motivée (...). Cette décision est notifiée à l'intéressé avec mention de son droit (...) de refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc. (...) L'étranger est invité à indiquer sur la notification s'il souhaite bénéficier du jour franc (...) »*

La modification contestée consiste à clarifier les conditions auxquelles est subordonné le bénéfice du jour franc pendant lequel, depuis la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, l'étranger non admis a le droit de s'opposer à son rapatriement. Ces conditions avaient en effet conduit à des incertitudes, voire à des fraudes, dans le cas où l'intéressé refusait de signer la notification de non-admission.

Désormais, il appartiendra à l'étranger d'indiquer explicitement par écrit s'il entend ou non revendiquer son droit de refuser son rapatriement pendant un jour franc.

Une telle exigence n'est pas choquante dès lors que l'intéressé est dûment informé de ses droits et des conséquences d'un refus de signer dans une langue qu'il comprend.

Or c'est précisément ce que prévoit le dernier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans la rédaction que lui donne la disposition contestée : « *La décision et la notification des droits qui l'accompagne doivent lui être communiquées dans une langue qu'il comprend. L'étranger est invité à indiquer sur la notification s'il souhaite bénéficier du jour franc* ».

Ces garanties de procédure (qui n'existent pas dans les autres pays de l'Union européenne) mettent l'étranger auquel est opposé un refus d'entrée en mesure effective de rester un jour franc en zone d'attente, de former un recours contre le refus d'admission et, au besoin, de demander l'asile. Cette dernière possibilité doit, même dans le silence de la loi, lui demeurer ouverte [n° 82-216 DC du 3 septembre 1986, cons. 2 à 6, Rec. p. 135].

On ne peut, dans ces conditions, voir dans la mesure incriminée une atteinte au « *droit au recours* » qui trouve son fondement dans l'article 16 de la Déclaration de 1789 [Par exemple : n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 7, Rec. p. 201], et qui est le pendant, en droit constitutionnel interne, du droit au procès équitable (« *due process of law* ») proclamé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

## **III) L'article 7 (Justificatif d'hébergement)**

L'article 7 de la loi déferée, qui rétablit l'article 5-3 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a trait au contrôle des « attestations d'accueil » présentées par les personnes déclarant héberger un étranger (non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'autres pays européens comme la Suisse ou l'Islande) en vue de la délivrance d'un visa au titre de visites à caractère familial ou privé de courte durée (trois mois).

A) Le dispositif mis en oeuvre en la matière depuis un quart de siècle a beaucoup évolué. Le nouveau se présente, à bien des égards, comme un retour à des procédures longtemps organisées au niveau réglementaire et qui avaient trouvé leur consécration législative dans la loi du 24 août 1993 (dite « loi Pasqua ») non censurée sur ce point par la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 [n° 93-325 DC, cons. 8 à 11, Rec. p. 224].

Pour remédier aux difficultés actuelles, la loi déferée reprend les solutions en vigueur de 1993 à 1997 tout en les adaptant au contexte nouveau, y compris parfois dans un sens favorable aux visiteurs étrangers. Ainsi, le dernier alinéa de l'article 5 prévoit une dispense de justificatif d'hébergement en cas de « séjour à caractère humanitaire », ou d'« échange culturel », ou lorsque l'étranger « demande à se rendre en France pour une cause médicale urgente ou en raison des obsèques ou de la maladie grave d'un proche », situations qu'auront à apprécier nos services consulaires.

Pour le reste, le contrôle des conditions d'hébergement et la lutte contre la fraude incomberont en première ligne aux maires en tant qu'agents de l'Etat.

B) Contrairement aux dires des requérants, qui dénonçaient à titre principal l'arbitraire dont seraient entachées les nouvelles dispositions, le rôle du maire est parfaitement encadré et s'exerce sous l'autorité hiérarchique du préfet.

a) En premier lieu, en effet, le maire ne peut refuser de valider l'attestation d'accueil de façon discrétionnaire.

Aux termes des quatrième à huitième alinéas de l'article 5-3 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans sa rédaction issue de l'article 7 de la loi déferée, le maire ne pourra refuser de valider l'attestation d'accueil que dans les cas suivants :

« - l'hébergeant ne peut pas présenter les pièces justificatives requises ;

- il ressort, soit de la teneur de l'attestation et des pièces justificatives présentées, soit de la vérification effectuée au domicile de l'hébergeant, que l'étranger ne peut être accueilli dans des conditions normales de logement ;

- les mentions portées sur l'attestation sont inexactes ;

- les attestations antérieurement signées par l'hébergeant ont fait apparaître, le cas échéant après enquête demandée par l'autorité chargée de valider l'attestation d'accueil aux services de police ou aux unités de gendarmerie, un détournement de la procédure ».

b) En deuxième lieu, les maires agiront en tant qu'agents de l'Etat et sous le contrôle hiérarchique du préfet. Celui-ci pourra s'exercer soit en cas de carence du maire, soit en cas de recours des intéressés contre le refus de validation explicite ou implicite du maire.

En cas de recours, l'article 7 de la loi attaquée prévoit, par dérogation au délai de droit commun fixé par l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, des délais courts (un mois pour le maire, un mois pour le préfet). Le législateur a tenu ainsi à se conformer à la position du Conseil constitutionnel qui avait jugé le 13 août 1993 qu'il incombait « *au maire comme, le cas échéant, au préfet de se prononcer dans le délai le plus bref possible* » (cons. 10).

Dans tous les cas, le préfet substitue sa décision à celle du maire, ce qui constitue une garantie de célérité pour les intéressés et les met à l'abri d'éventuels refus systématiques émanant d'élus hostiles par principe à l'immigration.

c) Du point de vue de l'égalité de traitement, les pratiques éventuellement discordantes des maires seront corrigées par l'intervention des préfets dans le cadre de leur pouvoir hiérarchique de substitution. Le Conseil avait jugé à cet égard dans sa décision du 13 août 1993 que l'intervention des maires ne serait pas de nature à entraîner des ruptures de l'égalité de traitement des demandes.

d) Les critères conditionnant la validation ou le refus de validation (et, plus particulièrement, les « *conditions normales de logement* ») sont assez précisément énoncés au regard de l'article 34 de la Constitution. On notera à cet égard que la matière a été longtemps réglementaire (décret du 27 mai 1982), ce qu'avait admis le Conseil d'Etat, et que la nouvelle formulation des critères de validation est reprise de celle de la « loi Pasqua » à laquelle le Conseil constitutionnel n'avait rien trouvé à redire sur le plan de la compétence législative ou de la clarté de la loi.

e) Etait critiquée l'obligation faite à l'hébergeant de saisir le préfet du refus de validation avant tout recours contentieux.

Ne heurte cependant aucun principe constitutionnel l'imposition d'une procédure administrative préalable, subordonnant le traitement juridictionnel des litiges à l'examen d'une réclamation par le supérieur hiérarchique de l'autorité dont la décision est contestée.

f) Le grief tiré d'une atteinte à la vie privée devait être rejeté, car ni le maire, ni le préfet ne disposeront d'un pouvoir de perquisition.

Si, à la demande du maire, des agents habilités des services de la commune chargés des affaires sociales ou du logement, ou le personnel spécialisé de l'Office des migrations internationales, peuvent procéder à des vérifications sur place, les agents habilités à procéder à ces vérifications ne pourront pénétrer chez l'hébergeant qu'après s'être assurés du consentement, donné par écrit, de celui-ci.

Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir hiérarchique par le préfet, les agents de l'OMI ne pourront davantage forcer la porte du demandeur.

Certes, en cas de refus de l'hébergeant de laisser visiter son habitation, les conditions normales de logement sont réputées non remplies. Mais cette solution avait déjà été admise par le Conseil en 1993 dès lors que ce refus résulte d'une manifestation non équivoque de sa volonté [n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 8 à 11, Rec. p. 224].

g) Enfin, toujours du point de vue de la protection de la vie privée, le traitement automatisé des demandes de validation des attestations d'accueil prévu par l'article 7 ne pose pas de problème constitutionnel dès lors :

- que sa finalité est de lutter contre l'immigration irrégulière et donc de sauvegarder l'ordre public, lequel constitue une exigence de valeur constitutionnelle [n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 2 et 3 ];

- et que la loi renvoie, s'agissant des garanties des personnes « fichées », aux dispositions protectrices d'un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui précisera « *la durée de conservation et les conditions de mise à jour des informations enregistrées, les modalités d'habilitation des personnes qui seront amenées à consulter ces fichiers, ainsi que, le cas échéant, les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer leur droit d'accès* ».

En 1997, le Conseil ne s'était pas opposé, par principe, à l'existence d'un tel traitement, considérant que les règles de droit commun de la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 apportaient les garanties nécessaires [n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. 5, Rec. p. 45].

En 2003, il a jugé qu'aucune norme constitutionnelle ne s'opposait par principe à l'utilisation à des fins administratives de données nominatives, même recueillies dans le cadre d'activités de police judiciaire. Toutefois, « *cette utilisation méconnaîtrait les exigences résultant des articles 2, 4, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 si, par son caractère excessif, elle portait atteinte aux droits ou aux intérêts légitimes des personnes concernées* » [n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 32 à 35].

Une telle atteinte n'existe pas en l'espèce en raison tout à la fois de la finalité du traitement en cause (qui devra être limitée à l'instruction des demandes de validation des attestations d'hébergement), de la nature « non sensible » des données traitées, des garanties de confidentialité prévues par la loi et des conditions dans lesquelles sera contrôlée l'application de celle-ci.

C) L'article 7 soulevait toutefois une question sérieuse de constitutionnalité, qui a conduit le Conseil à prononcer une censure.

Cette question avait trait à l'obligation faite à l'hébergeant de se porter caution au cas où l'hébergé ne disposerait pas, au terme de sa visite en France, des moyens financiers de son retour.

Le problème ne tenait pas à ce que cette obligation eût rompu l'égalité entre hébergeants « riches » et hébergeants « pauvres ».

Sauf dans des domaines très particuliers (comme la fiscalité ou l'accès aux emplois publics), le principe d'égalité n'impose pas, en effet, de traiter différemment des situations différentes [voir, sur le site du Conseil]. C'est au contraire lorsque la loi prévoit des différences de traitement que celles-ci doivent être justifiées soit par des différences de situation, soit par des motifs d'intérêt général, en rapport direct avec l'objet de la loi en cause.

En revanche, l'obligation prévue en l'espèce se heurtait au principe d'égalité devant les charges publiques proclamé par l'article 13 de la Déclaration de 1789.

Aux termes de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

Il est de jurisprudence constante que, si cette disposition n'interdit pas de faire supporter des charges particulières, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques [Par exemple : n° 85-200 DC du 16 janvier 1986, cons. 16 à 19, Rec. p. 9; n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001, cons. 6 et 7, Rec. p. 39 ; n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 30, Rec. p. 145]. Ainsi, la contribution exigée de ces personnes ne doit donc pas revêtir un caractère excessif ou spoliateur [Par exemple : n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 8, Rec. p. 276].

Cette condition n'aurait pas été satisfaite en l'espèce dans certaines circonstances (ainsi, si le prix du voyage de retour excède les ressources d'un hôte dont la bonne foi a été abusée).

Faute pour le législateur de ne pas avoir réservé de semblables hypothèses, la loi déferée rompait de façon caractérisée l'égalité devant les charges publiques.

#### **IV) Articles 8 et 21 (Condition d'intégration pour l'obtention de la carte de résident)**

L'article 8 de la loi déferée réécrit intégralement l'article 6 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relatif aux titres de séjour.

Sauf pour les ressortissants des pays membres de l'Union européenne ou d'autres Etats européens et sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, une carte de séjour est exigée des étrangers majeurs souhaitant séjourner en France après l'expiration d'un délai de trois mois depuis leur entrée en France.

Cette carte est :

- soit une carte de séjour temporaire d'une durée maximale d'un an ;
- soit une carte de résident, valable dix ans et en principe renouvelable de plein droit.

La première délivrance de la carte de résident est de plein droit dans les cas énumérés à l'article 15 de l'ordonnance (par exemple à l'étranger en situation régulière depuis plus de dix ans sauf s'il a été, pendant cette période, titulaire de la carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » etc..).

Dans les autres cas (article 14 de l'ordonnance, que modifie l'article 21 de la loi déferée), c'est-à-dire lorsque la carte de résident n'est pas délivrée de plein droit, la décision d'accorder la carte de résident ne pourra désormais intervenir qu'au bout de cinq ans (au lieu de trois) de résidence ininterrompue en France et sera désormais subordonnée à « *l'intégration républicaine* » de l'étranger dans la société française dans les conditions prévues aux nouveaux cinquième et sixième alinéas de l'article 6 de l'ordonnance.

Aux termes de ceux-ci :

*« Lorsque la loi le prévoit, la délivrance d'une première carte de résident est subordonnée à l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, appréciée en particulier au regard de sa connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la République française. La carte de résident est renouvelable de plein droit, sauf dans les cas prévus par la présente ordonnance.*

*Pour l'appréciation de la condition d'intégration, le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police, peut saisir pour avis le maire de la commune de résidence de l'étranger qui sollicite la carte de résident ».*

Cette condition d'intégration à laquelle se trouve désormais soumise la première délivrance de la carte de résident (dans les seuls cas, rappelons-le, où elle n'est pas de plein droit) est exigée par d'autres membres de l'Union européenne pour la délivrance des titres de séjour les plus longs prévus par leur législation.

La saisine exposait divers griefs à l'encontre de ces dispositions :

- Inconstitutionnalité de l'intervention du maire ;
- Atteinte excessive au droit au séjour des étrangers ;
- Atteinte excessive à la vie privée et familiale ;
- Confusion (révélant une erreur manifeste d'appréciation) avec les conditions auxquelles est soumise la naturalisation.

**a)** A supposer que la délivrance de la carte de résident soit regardée comme affectant les « *conditions essentielles de mise en oeuvre d'une liberté publique* », la rupture d'égalité ne pourrait résulter que de la décentralisation de l'appréciation de la condition d'intégration [par exemple : n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, cons. 12, Rec. p. 70]. Rien de tel ici puisque la délivrance de la carte de résident est le fait du représentant de l'Etat et que le point de vue du maire de la commune de résidence de l'étranger est purement consultatif, le recueil de cet avis étant au demeurant à la discrétion du préfet.

**b)** Ni l'allongement de trois à cinq ans de la durée de résidence nécessaire à la première délivrance de la carte de résident, ni la condition d'intégration républicaine à laquelle cette première délivrance est désormais subordonnée ne portent par eux-mêmes atteinte aux droits des étrangers, puisque ceux-ci ne disposent d'aucun droit général ou absolu au séjour [n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 2 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 35]. Au demeurant, la possession de la carte de résident n'est pas la condition légale exclusive du séjour en France...

**c)** Le grief tiré d'une atteinte au « *droit de mener une vie familiale normale* » était infondé à propos des conséquences de la loi déferée sur le regroupement familial. En effet, à défaut de s'être vu délivrer une carte de résident, le conjoint et les enfants d'un étranger entrés régulièrement en France au titre du regroupement familial (article 29 de l'ordonnance modifiée par l'article 42 de la loi déferée) se verront en tout état de cause délivrer et renouveler de plein droit la carte de séjour temporaire, en vertu du 1° de l'article 12 bis de l'ordonnance dans sa rédaction issue de l'article 17 de la loi déferée.

**d)** Ne pouvait prospérer la critique tirée de ce que l'exigence d'intégration, jusque là connue dans le droit de la nationalité (en matière de naturalisation par exemple), sera désormais applicable en matière de séjour. Pourquoi le législateur ne pourrait-il transposer certaines

règles du droit de la nationalité au droit du séjour de longue durée ? C'est donc à tort que les recours soutenaient que cet emprunt d'une législation à l'autre était constitutif d'une erreur manifeste d'appréciation.

#### **V) Article 19 (Commission du titre de séjour)**

Supprimée par la « loi Debré » du 24 avril 1997, la commission départementale du titre de séjour a été rétablie par la loi « RESEDA » du 11 mai 1998.

Loin de remettre en cause l'existence de cette commission, l'article 19 de la loi déferée étend ses compétences et modifie sa composition.

Le rôle de la commission restera purement consultatif et sa nature (comme celles de l'autorité qui la consulte et des décisions que prendra ladite autorité sur la base de ses avis) demeureront strictement administratives. La commission du titre de séjour ne constitue ni une juridiction, ni une instance disciplinaire, ni même un organe administratif décisionnel.

Etaient dès lors inopérants les griefs tirés de ce que les magistrats y seront minoritaires, de ce que le rapporteur émanera des services préfectoraux ou de ce que siègeront en son sein une personnalité qualifiée en matière de sécurité publique désignée par le préfet, un représentant des maires du département ou le maire de la commune de résidence si celui-ci en fait la demande...

#### **VI) Articles 22, 23 et 24 (modification des conditions de délivrance de plein droit de la carte de résident)**

Les saisines reprochaient à ces articles de porter atteinte au droit à une vie familiale normale en réaménageant les conditions auxquelles se trouvera dorénavant subordonnée la délivrance de plein droit d'une carte de résident.

- a) Etait d'abord dénoncé par les saisines, comme contraire au droit à une vie familiale normale, l'article 22 de la loi déferée, qui subordonne désormais à deux ans au moins de vie commune (contre un an auparavant) la délivrance de plein droit de la carte de résident à l'étranger marié à un Français.

b)

Le Conseil a jugé, dans sa décision du 22 avril 1997 [n° 97-389 DC, cons. 38, Rec. p. 45], que *« compte tenu des objectifs d'intérêt public qu'il s'est assignés, le législateur a pu, sans méconnaître la liberté du mariage ni porter une atteinte excessive au droit à une vie familiale normale, soumettre la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire au conjoint d'un ressortissant français à la condition que le mariage ait été contracté depuis au moins un an et que la communauté de vie n'ait pas cessé... »*.

Cette solution vaut a fortiori en l'espèce. Constitutionnel pour la délivrance de plein droit d'un titre de séjour temporaire sous condition d'une durée de vie commune d'au moins un an, le dispositif l'est tout autant pour la délivrance de plein droit d'une carte de résident sous condition de durée de vie commune d'au moins deux ans.

- c) Devait être pareillement rejeté le grief tiré de ce que l'article 23 de la loi déferée viole le droit à une vie familiale normale en faisant disparaître de l'article 15 de l'ordonnance le cas de l'étranger *« qui est père ou mère d'un enfant français résidant*



*en France, à la condition qu'il exerce même partiellement l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subviennne effectivement à ses besoins ».*

**d)**

En effet, en vertu de l'article 12 bis de l'ordonnance, dans la rédaction que lui donne l'article 17 de la loi déferée, se verra délivrer et renouveler de plein droit la carte de séjour temporaire « *l'étranger, ne vivant pas en état de polygamie, qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins un an* ».

**c)** Comme on a vu à propos des articles 8 et 21 de la loi déferée, celle-ci ne saurait porter atteinte ni au droit de mener une vie familiale normale, constitutionnellement garanti, ni au « *droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale* », protégé par la CEDH, dans la mesure où les étrangers séjournant en France au titre du regroupement familial, s'ils ne sont plus directement titulaires d'une carte de résident, se verront délivrer de plein droit une carte de séjour temporaire.

## **VII) Article 28 (Répression de l'aide au séjour irrégulier d'un étranger)**

Cet article modifie l'article 21 de l'ordonnance de 1945 réprimant l'aide au séjour irrégulier d'un étranger.

Le 6° de l'article 28 tire les conséquences du protocole signé à Palerme le 12 décembre 2000, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, en vue d'étendre la répression nationale à l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers sur le territoire d'un autre Etat partie à la Convention.

En vertu de la disposition critiquée, le sixième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance se lira comme suit : « *la situation irrégulière de l'étranger est appréciée au regard de la législation de l'Etat membre ou de l'Etat partie intéressé* ».

Pour les requérants, une telle référence à la loi étrangère portait atteinte au principe selon lequel la définition d'une infraction doit comporter un élément intentionnel.

Cette argumentation méconnaissait que, dans le silence de la loi pénale spéciale, le juge répressif doit faire application du principe énoncé à l'articles 121-3 du code pénal, qui précise qu' « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* » [n° 2003- 467 DC du 13 mars 2003, cons. 73].

## **VIII) Article 31 (Répression des mariages simulés)**

Cet article figurait dans la liste des dispositions contestées, mais les saisines ne comportaient à son encontre aucune motivation explicite.

L'article 31 de la loi déferée insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un article 21 quater incriminant le mariage contracté « *aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française* ».

Les peines prévues sont de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Les mêmes peines sont applicables en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un

mariage à des fins identiques. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée. Des peines complémentaires sont prévues à l'encontre des personnes physiques coupables de l'une ou l'autre de ces infractions (interdiction de séjour pour une durée de cinq ans ou plus etc.). Le II de l'article 21 quater nouveau de l'ordonnance adapte ce dispositif répressif aux personnes morales.

Ces mesures se présentent comme une transposition à l'organisation de mariages « simulés » de la répression d'ores et déjà prévue par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 pour l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers. Le quantum des peines, comme leur aggravation dans l'hypothèse où l'infraction est commise en bande organisée, sont les mêmes. Les peines complémentaires sont analogues.

Il est donc difficile de regarder ces peines comme manifestement disproportionnées, alors surtout que le Conseil constitutionnel n'exerce en la matière qu'un contrôle restreint [Par exemple, dans un domaine voisin : n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, cons. 14, Rec. p. 196]. S'agissant de la définition du délit, elle est suffisamment précise pour satisfaire à l'exigence de légalité des infractions résultant des articles 8 de la Déclaration de 1789 et 34 de la Constitution.

#### **IX) Article 49 (Rétention administrative)**

L'article 49 de la loi déferée refond le régime de la rétention administrative prévue à l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

##### **A) Analyse des nouvelles dispositions**

##### **B)**

La refonte de l'article 35 bis de l'ordonnance a pour objectif d'améliorer l'exécution des mesures d'éloignement, tout en préservant et parfois en renforçant les garanties accordées aux étrangers retenus dans l'attente de leur éloignement.

La principale innovation consiste à porter la durée maximale de rétention de 12 jours (sous l'empire de la loi RESEDA) à 32 jours, afin de donner le temps à l'administration d'exécuter la mesure.

Le placement en rétention est ordonné par le préfet afin de maintenir à la disposition de l'administration, dans des locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire, des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement (reconduite à la frontière, expulsion, remise à un Etat partie à l'accord de Schengen...) et ne pouvant quitter immédiatement le territoire français.

La rétention (qui peut être remplacée par une assignation à résidence si l'étranger dispose de garanties effectives de représentation) ne doit durer que le temps nécessaire à l'exécution de la mesure.

Elle se déroule en trois phases :

**a)** La première (qui ne peut excéder 48 heures) fait suite à l'arrêté préfectoral et s'apparente à une garde à vue. L'étranger est placé dans un local de rétention.

**b)** La deuxième phase doit être décidée par le juge des libertés et de la détention (JLD) qui se prononce tant sur la régularité de l'arrêté préfectoral que sur la nécessité de la mesure. La décision du juge est susceptible d'appel. Au cas où il décide la prolongation de la rétention, celle-ci ne pouvait excéder cinq jours sous l'empire de la loi RESEDA. Cette durée est portée à quinze jours par la loi déferée. La prolongation se déroule dans un centre de rétention dont un décret du 19 mars 1991 fixe aujourd'hui le statut.

**c)** La troisième phase n'a d'objet que si l'intéressé n'a pas quitté le territoire ou n'a pas été libéré entre temps. L'étranger est à nouveau présenté au JLD. Les conditions de cette seconde prolongation sont plus restrictives que celles de la première.

En vertu de la loi « RESEDA » :

- le JLD ne peut décider une nouvelle prolongation de la rétention qu'en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou bien en cas d'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement en raison du comportement de l'intéressé,
- la seconde prolongation dure cinq jours au plus.

L'article 49 de la loi déferée modifie tant la durée que les conditions de cette seconde prolongation.

Deux hypothèses pourront se présenter :

- Première hypothèse : en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement, le juge des libertés et de la détention peut ordonner la prolongation pour une durée n'excédant pas quinze jours. C'est dans cette seule hypothèse que le délai total de rétention atteindrait désormais 32 jours (48 heures + 15 jours + 15 jours) ;
- Seconde hypothèse : si, malgré les diligences de l'administration, la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport, et qu'il est établi par le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, par le préfet de police, que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai, le JLD peut ordonner une prolongation qui ne peut excéder cinq jours. Même solution lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour qu'il ait été possible de procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement.

Dans la seconde hypothèse, la durée maximale de la rétention sera portée à 22 jours, soit 48 heures + 15 jours + 5 jours (contre 12 jours au maximum aujourd'hui).

La véritable nouveauté tient à ce que ce second cas de seconde prolongation concerne désormais des hypothèses dans lesquelles ni l'urgence absolue, ni la menace d'une particulière gravité, ni l'obstruction de l'intéressé à son éloignement ne sont retenues comme seuls motifs possibles. Les raisons peuvent également tenir à des facteurs extérieurs à la fois à l'administration et au comportement de l'étranger.

Le régime de la rétention administrative est ainsi rendu plus strict que par le passé, tout en restant beaucoup plus libéral que dans les autres Etats membres de l'Union européenne.

Ainsi, la durée maximale de la rétention administrative est de 18 mois en Allemagne, de 6 mois en Autriche, de 5 mois en Belgique, de 40 jours en Espagne, de 3 mois en Grèce, de 8 semaines en Irlande, de 60 jours en Italie et au Portugal, de deux mois renouvelables en Suède et cette durée est illimitée au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. Seul le Danemark, avec 28 jours au maximum de rétention, se montrerait aussi respectueux que la France de la liberté individuelle des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement.

Les changements décidés par le législateur de 2003 s'expliquent par le médiocre taux d'exécution des mesures d'éloignement enregistré en France depuis quelques années.

L'article 49 de la loi déferée comporte deux autres mesures tendant à mieux assurer l'efficacité des mesures d'éloignement :

- La demande d'asile ne sera plus recevable si elle est formée par l'étranger plus de cinq jours après la notification qui lui est faite de ses droits, lors de son arrivée au centre de rétention. Il s'agit d'éviter qu'une demande d'asile soit présentée, dans un but dilatoire, à la fin de la période de rétention. Une telle demande aurait en effet pour conséquence, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel [N° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 84, Rec. p. 224.], de permettre le maintien de l'étranger en France jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, pendant toute la période d'examen de son dossier par l'OFPRA, puis par la Commission des recours des réfugiés.
- Est rétabli le « référé rétention », institué par la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 et abrogé par la loi « RESEDA ». L'appel des décisions du juge de première instance n'étant pas suspensif, un éventuel succès en appel de l'administration est souvent aujourd'hui sans portée pratique, dans la mesure où l'étranger, libéré dès la décision du premier juge, ne peut pas être retrouvé.

En contrepartie des mesures ainsi adoptées pour améliorer l'efficacité des mesures d'éloignement, la loi déferée confirme et renforce les garanties accordées aux étrangers retenus en centre de rétention.

## **B) Les griefs**

Plusieurs griefs étaient articulés contre les dispositions analysées ci-dessus.

- Une critique générale visait les nouveaux délais et les nouvelles conditions de prolongation de la rétention arrêtés par le législateur.

Ceux-ci porteraient à la liberté individuelle des étrangers une atteinte excessive au regard de l'objectif d'éloignement des personnes concernées.

Avant de procéder à l'examen de cette argumentation, il convient de rappeler brièvement l'évolution d'une jurisprudence qui, non sans quelques hésitations au cours de la précédente décennie, semble aujourd'hui en voie de stabilisation :

- Par sa première décision rendue en la matière (n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, loi n° 80-9 du 10 janvier 1980), le Conseil censurait une disposition prévoyant un régime de rétention administrative dans lequel le juge n'intervenait qu'au terme d'un délai de sept jours : « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* » [Cons. 4, Rec. p. 29].

- La loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 (qui n'est pas déférée au Conseil) institue un délai de rétention maximal de sept jours, soit 24 heures sur décision préfectorale, susceptible d'être prolongé de six jours sur décision du juge judiciaire.

- Le texte qui allait devenir la loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 ajoutait une possibilité de prolongation de la rétention de trois jours en cas de « *difficultés particulières faisant obstacle au départ d'un étranger* ». Par sa décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, le Conseil censure cette disposition en considérant [cons. 22, Rec. p. 135] que, si la prolongation est justifiée en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, le texte déféré a violé la Constitution « *en étendant indistinctement à tous les étrangers faisant l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires* ».

- Le texte qui allait devenir la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 (« loi Pasqua ») ajoute à nouveau au régime en vigueur une possibilité de prolongation de la rétention de trois jours « *lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité compétente de document de voyage permettant l'exécution* » de la mesure d'éloignement. Malgré la précision de la condition à laquelle se trouve subordonnée la prolongation et qui paraît répondre à l'objection faite par le Conseil en 1986, la décision du 13 août 1993 censure cette disposition [n° 93-325 DC, cons. 100, Rec. p. 224] en reprenant, quasiment à l'identique, les termes de sa décision du 3 septembre 1986.

- Le législateur vote pour la troisième fois (loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993) le principe d'une prolongation de la rétention, toujours de trois jours, cette fois « *en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* », mais aussi « *lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité administrative compétente de document de voyage permettant l'exécution de la mesure (...) et que des éléments de fait montrent que ce délai supplémentaire est de nature à permettre l'obtention de ce document* ». La loi n'est pas déférée au Conseil et demeurera dans le droit positif. La durée maximale de la rétention est ainsi portée à dix jours.

- Le texte qui deviendra la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 porte de 24 à 48 heures le délai au terme duquel l'intervention du juge est requise ; la durée de la première période de rétention est en revanche réduite de six à cinq jours ; la possibilité d'une seconde prolongation de trois jours est conservée dans les conditions prévues par la loi du 30 décembre 1993. Par sa décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 (cons. 55), le Conseil valide le principe d'une saisine du juge judiciaire au terme d'un délai de 48 heures (et non plus de 24). Saisi du nouvel article 35 bis, le Conseil aurait pu, s'il avait entendu confirmer sa jurisprudence de 1993, censurer les innovations antérieures relatives à la deuxième prolongation sur le fondement de la jurisprudence (dite « Nouvelle Calédonie ») [n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, cons. 10, Rec. p. 43] relative au contrôle des lois promulguées. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il a implicitement mais nécessairement abandonné la jurisprudence du 13 août 1993.

- L'abandon de la jurisprudence de 1993 est à nouveau confirmé par le fait que le Conseil ne soulève pas d'office, dans sa décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, le texte qui allait devenir la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 (« RESEDA ») et qui porte à cinq jours (au lieu de trois) la durée de la seconde période de rétention. La durée totale de rétention passe ainsi de dix à douze jours. De plus, la loi étend les motifs pouvant justifier une telle prolongation, celle-ci pouvant désormais être décidée « *en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière*

*gravité pour l'ordre public* », mais aussi « *lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement* ». Si, sur une question d'une telle importance pour les libertés fondamentales, le Conseil n'a pas éprouvé le besoin d'examiner d'office le nouvel article 35 bis de l'ordonnance, c'est qu'il l'a jugé implicitement non contraire à la Constitution.

Il résulte de l'ensemble de la jurisprudence précitée que la conciliation que doit opérer le législateur entre, d'une part, la liberté individuelle de l'étranger et ses autres droits constitutionnellement protégés et, d'autre part, la sauvegarde de l'ordre public (lequel impose d'assurer l'effectivité de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers) réside dans les principes suivants :

- 1) La sauvegarde de l'ordre public commande de prendre les mesures nécessaires à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière ;
- 2) Leur confinement en centre de rétention ne doit pas excéder la durée nécessaire à leur éloignement, ce qui implique que la durée de rétention ne soit pas excessive et que toute mesure de prolongation soit justifiée par des causes extérieures à la volonté de l'administration ;
- 3) Pendant la durée de leur rétention, les droits constitutionnels des étrangers (autres que ceux nécessairement restreints par la rétention, comme la liberté d'aller et venir) devront être respectés. Il en va ainsi de la dignité de leur personne et de leur droit au recours ;
- 4) La rétention affectant la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, elle devra être placée sous la surveillance du juge judiciaire, sans préjudice du droit des intéressés à déférer la mesure d'éloignement au juge administratif ;
- 5) Certaines catégories d'étrangers devront bénéficier d'une protection spéciale contre les mesures d'éloignement en raison d'exigences constitutionnelles propres à ces catégories, telles que l'asile constitutionnel ou le droit à la vie.

Comment la loi déferée répond-elle à ces exigences ?

- a) Tout d'abord, ce dispositif entend assurer l'effectivité de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers. Il satisfait donc au principe n° 1.
- b) Ni les délais choisis (dont la durée cumulée maximale est de 32 jours), ni les conditions posées pour la prolongation (qui tiennent toutes à des motifs extérieurs à la volonté de l'administration) ne contreviennent au principe n° 2.

La prolongation pourra certes être désormais décidée pour un motif autre que la menace grave pour l'ordre public ou que le comportement de l'intéressé. C'est une nouveauté.

Mais ce sera alors :

- pour des raisons objectives et étrangères aux diligences de l'administration (retard du laisser passer consulaire, horaires des lignes aériennes),
- pendant un temps limité (cinq jours au maximum),

- et seulement si ce délai supplémentaire permet, sous le contrôle du JLD, l'exécution de la mesure.

A cet égard, le parallèle avec la procédure pénale ne peut être poussé trop loin : il s'agit ici non de punir l'intéressé, mais d'aboutir à son éloignement, ce qui, s'agissant d'un étranger en situation irrégulière et ne relevant pas des catégories légalement protégées, est toujours d'ordre public.

c) Les droits reconnus aux étrangers retenus ont été confirmés et renforcés par le législateur. Ils répondent à l'exigence n° 3.

Il appartiendra à l'autorité judiciaire et à la commission prévue par l'article 54 de la loi déferée (article 35 nonies de l'ordonnance) d'exercer le contrôle de leur respect sur le terrain. L'ordonnance, telle que complétée par la loi déferée, leur en donne les moyens.

d) Le rôle dévolu à l'autorité judiciaire par l'article 35 bis nouveau de l'ordonnance fait droit aux exigences de l'article 66 de la Constitution et donc au principe n° 4.

e) Enfin, les innovations contenues dans le texte déferé en vue de soustraire diverses catégories d'étrangers aux mesures d'éloignement (articles 25 et 26 nouveaux de l'ordonnance) satisfont au cinquième principe.

f) Reste le cas des personnes qui demanderaient l'asile au-delà des cinq jours suivant la notification prévue au V du nouvel article 35 bis de l'ordonnance.

Le délai de cinq jours est suffisant, compte tenu de l'assistance associative, juridique et linguistique dont bénéficie l'intéressé dès son arrivée dans le centre de rétention, pour qu'il puisse exercer ses droits. La forclusion prévue par l'article 49 de la loi critiquée n'appelait donc pas de censure.

Une difficulté pourrait toutefois survenir dans l'hypothèse où un événement se produirait dans le pays de l'intéressé qui lui ferait craindre pour sa vie, sa liberté ou l'intégrité de sa personne, alors qu'il n'aurait pas demandé l'asile avant l'expiration des cinq jours.

Si l'hypothèse se rencontre, le préfet aurait à réexaminer le dossier sur le fondement constitutionnel du droit à la vie.

- Cinq autres griefs étaient dirigés contre l'article 49.

a) Le premier visait de façon paradoxale une disposition nouvelle favorable aux étrangers. Il s'agit des deux dernières phrases du huitième alinéa du I du nouvel article 35 bis de l'ordonnance qui disposent que « *Dans chaque lieu de rétention, un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers retenus est prévu. A cette fin, sauf en cas de force majeure, il est accessible en toutes circonstances sur demande de l'avocat. Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les modalités selon lesquelles s'exerce l'assistance de ces intervenants* ».

Les recours mettaient en cause les mots « *sauf en cas de force majeure* », dont ils demandaient la censure. Ce grief était inopérant car la force majeure exonère l'administration d'une obligation procédurale.

**b)** Selon les requérants, le fait que l'étranger sera désormais informé de ses droits « *dans les meilleurs délais* » et non plus « *immédiatement* » porterait atteinte au principe constitutionnel des droits de la défense. La rétention de l'étranger portant atteinte à sa liberté individuelle, il importe en effet de l'informer de ses droits sans attendre. Le grief se méprenait toutefois sur la portée de la formule critiquée, qui doit s'entendre comme prescrivant une information qui, si elle ne peut être immédiate pour des raisons objectives, doit s'effectuer dans le plus bref délai possible [En ce sens : n° 93-326 DC du 11 août 1993, cons. 3, Rec. p. 217].

**c)** Etait critiqué, comme contraire à la liberté individuelle, le dernier alinéa du I de l'article 35 bis de l'ordonnance, dans sa rédaction issue de l'article 49 de la loi déferée.

Aux termes de cette disposition : « *Lorsqu'une ordonnance met fin à la rétention ou assigne l'étranger à résidence, elle est immédiatement notifiée au procureur de la République. A moins que ce dernier n'en dispose autrement, l'étranger est alors maintenu à la disposition de la justice pendant un délai de quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République* ».

Ce maintien de l'étranger à la disposition de la justice pendant une durée de quatre heures est la conséquence du rétablissement, par le IV de l'article 49, du « *référé rétention* » introduit par la loi du 24 avril 1997 à l'article 35 bis de l'ordonnance et abrogé par la loi « RESEDA » en 1998.

Par sa décision du 22 avril 1997 [n° 97-389 DC, cons. 56 à 64, Rec. p. 45], le Conseil avait admis la possibilité offerte au procureur de la République de demander au premier président de la cour d'appel ou à son délégué de déclarer suspensif l'appel formé par le préfet ou le ministère public contre une ordonnance refusant la prolongation ou le maintien en rétention administrative d'un étranger en situation irrégulière.

Toutefois, pour que la procédure ne soit pas privée de toute efficacité, il convient de maintenir l'intéressé à la disposition de la justice le temps nécessaire à ce que le premier président de la cour d'appel se prononce sur l'effet suspensif de l'appel.

Un délai de quatre heures a été également prévu au profit du ministère public par l'article 38 de la loi d'orientation et de programmation de la justice du 9 septembre 2002 (articles 148-1-1 et 187-3 du code de procédure pénale) instituant un « *référé détention* ». Le Conseil constitutionnel l'a déclaré conforme à la Constitution par sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 [cons. 69 à 74, Rec. p. 204].

Strictement nécessaire au déroulement d'une procédure que, par deux fois, le Conseil a reconnue conforme à la Constitution, la disposition critiquée ne saurait encourir la censure.

**d)** Etaient dénoncées les « *audiences télévisées* » prévues par le VII de l'article 35 bis de l'ordonnance tel que modifié par l'article 49 de la loi critiquée. Il autorise « *l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle* ».

L'utilisation de deux salles d'audience tend à éviter des déplacements fastidieux pour les étrangers retenus et perturbateurs pour la bonne administration de la justice.

Au regard des principes constitutionnels régissant la procédure juridictionnelle, le procédé n'est pas critiquable en raison tant de son objet, conforme aux intérêts de l'étranger (éviter des transports contraignants pour les intéressés, assurer l'intervention d'un interprète qualifié qui,



pour certaines langues, ne pourrait se trouver physiquement sur place en temps utile), que des précautions prévues par le législateur (décision du juge du siège, consentement de l'étranger, moyens garantissant la confidentialité de la transmission, ouverture au public des deux salles d'audience dans chacune desquelles est dressé « *un procès-verbal des opérations effectuées* »).

e) Les recours critiquaient également les « audiences foraines » prévues par le neuvième alinéa du I du nouvel article 35 bis de l'ordonnance (pour les centres de rétention), ainsi que par le III du nouvel article 35 quater (pour les zones d'attente).

Ces deux dispositions prévoient que le JLD peut statuer à proximité immédiate des centres de rétention ou des zones d'attente. Selon les requérants, une telle solution affectait les droits de la défense et le droit à un procès équitable.

Ce grief méconnaissait les précautions prises par la loi déferée :

- le JLD statue publiquement dans une salle d'audience attribuée au ministère de la justice ;
- comme le confirment les débats parlementaires, cette salle est spécialement aménagée pour assurer tout à la fois la clarté, la sécurité et la sincérité des débats.

On n'aperçoit pas quels principes constitutionnels violerait une telle formule.

On voit bien, à l'inverse, ce que la formule actuelle - qui implique le réveil très matinal des intéressés et l'inconfort d'un transport en fourgon vers les palais de justice - peut avoir de contraire au bon fonctionnement de la justice et de la police, comme à la dignité des étrangers. Les mêmes griefs étaient articulés contre les mêmes dispositions de procédure, applicables en zone d'attente en vertu de l'article 50 de la loi déferée. Ils ont été rejetés dans les mêmes termes.

#### **X) Article 53 (Transport d'étrangers retenus)**

L'article 53 de la loi déferée insère dans l'ordonnance du 12 novembre 1945 un article 35 octies qui, à titre expérimental, permet à l'Etat, dans les conditions prévues par le code des marchés publics, de passer avec des personnes de droit public ou privé bénéficiant d'un agrément délivré en application de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 (réglementant les activités privées de sécurité) des marchés relatifs aux transports de personnes retenues en centre de rétention ou maintenues en zone d'attente.

Aux termes du septième alinéa du nouvel article 35 octies de l'ordonnance : « *Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent article ainsi que les conditions dans lesquelles les agents de sécurité privée investis des missions prévues par le présent article peuvent, le cas échéant, être armés* ».

Dans cette possibilité d'armement des agents de sécurité privés chargés de convoier les étrangers, les recours voyaient une délégation à une personne privée de missions qui, par nature, ne peuvent être assurées que par l'Etat.

Cette argumentation aurait été fondée si la portée des dispositions critiquées était d'« externaliser » des tâches de surveillance de personnes « retenues » dans des centres de rétention ou « maintenues » dans des zones d'attente, car de telles tâches, à l'instar de la garde

des personnes incarcérées, sont inhérentes à l'exercice par l'Etat de ses missions de souveraineté, lesquelles ne sauraient être confiées à une personne privée [n° 2002-461 DC du 29 août 2002, cons. 8, Rec. p. 204 ; n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 19].

Mais telle n'est pas la portée de l'article 53 de la loi déferée.

En effet, ainsi qu'en dispose le deuxième alinéa du nouvel article 35 octies de l'ordonnance, les marchés mentionnés à son premier alinéa « *ne peuvent porter que sur la conduite et les mesures de sécurité inhérentes à cette dernière, à l'exclusion de ce qui concerne la surveillance des personnes retenues ou maintenues au cours du transport qui demeure assurée par l'Etat* ».

La tâche des agents assermentés exclut donc toute surveillance des personnes transportées. La surveillance des personnes transportées restera, quant à elle, assurée par des agents de la force publique.

Dans ces conditions, l'article contesté pouvait être déclaré conforme à la Constitution, moyennant une réserve d'interprétation dissuasive à l'égard de toute tentation d'emploi des armes par des agents privés dans le cadre de la surveillance des étrangers transportés.

#### **XI) Article 76 (Contrôle des mariages de complaisance)**

Cet article renforce l'article 175-2 du code civil en vue de mieux assurer la prévention des mariages de complaisance.

S'il n'est évidemment pas sans lien avec la lutte contre les filières de l'immigration clandestine [34858 mariages mixtes (mariages entre Français et un étranger) ont été célébrés en 2001 sur le territoire national contre 30042 en 2000], il vise également les mariages contraints, y compris entre deux personnes de nationalité française.

A) En 1993, le législateur avait mis en place un dispositif original de lutte contre l'utilisation frauduleuse du mariage : lorsqu'il existait des indices sérieux laissant présumer que le mariage était envisagé dans un but autre que l'union matrimoniale, l'officier de l'état civil avait la possibilité de saisir le procureur de la République qui pouvait décider qu'il serait sursis à la célébration du mariage pour une durée ne pouvant excéder trois mois, afin de permettre les enquêtes nécessaires.

Cette disposition a été censurée en ces termes par la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 (cons. 107) : « *En subordonnant la célébration du mariage à de telles conditions, ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle ; que, dès lors que celles-ci ne sont pas séparables des autres dispositions de l'article 175-2 du code civil, cet article doit être regardé dans son ensemble comme contraire à la Constitution* ».

Toutefois, comme le souligne Bruno Genevois dans son commentaire de cette décision : « *Ce n'est pas le principe même du contrôle qui a encouru la censure, mais ses modalités : absence de toute voie de recours organisée à l'encontre de la décision du procureur ; durée excessive du sursis* » [RFDA 9, septembre-octobre 1993 p. 877].

En conséquence, la loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 a inséré un nouvel article 175-2 dans le code civil afin de mieux concilier la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la liberté matrimoniale.

Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer le défaut de consentement, l'officier de l'état civil peut saisir le procureur de la République.

S'il ne peut s'opposer à la célébration du mariage « douteux », le maire, en sa qualité d'officier d'état civil, a une obligation générale d'information du parquet et la faculté de saisir le procureur de la République au titre de l'article 175-2 du code civil. Il en informe les intéressés.

Le procureur de la République dispose alors de quinze jours pour approuver le mariage, explicitement ou tacitement, y faire opposition ou décider qu'il sera sursis à la célébration. Néanmoins [Comme l'a indiqué le garde des Sceaux en réponse à une question écrite de M. Fenech (JO des questions, AN, 10 mars 2003, p. 1857)], « *trop souvent, l'enquête diligentée par le procureur de la République (...) ne permet pas d'établir l'absence d'intention matrimoniale des futurs conjoints. Ces enquêtes peuvent, en effet, faire apparaître des ramifications diverses, voire de véritables réseaux nécessitant des investigations complémentaires approfondies* ».

B) Pour remédier à cet état de choses, la loi déferée retient les options suivantes :

- L'article 63 du code civil, dans sa rédaction issue de l'article 74 de la loi déferée, prévoit une audition commune des futurs époux avant la publication des bans. L'officier de l'état civil peut s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux s'il soupçonne un mariage de complaisance ou un mariage forcé. Sur la base de ces auditions, le maire pourra fournir au procureur de la République des éléments constituant des indices sérieux de défaut de consentement.

- En vertu de l'article 175-2 du code civil, dans la rédaction que lui donnait l'article 76 de la loi déferée, constituait un indice sérieux laissant présumer que le mariage est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 (« *Il n'y a pas de mariage s'il n'y a point de consentement* ») le seul fait, pour un ressortissant étranger, de ne pas justifier de la régularité de son séjour, lorsqu'il y a été invité par l'officier de l'état civil.

- Toujours en vertu de l'article 76 de la loi déferée, la durée du sursis, qui reste fixée à un mois, pourra désormais être renouvelée une fois par une décision spécialement motivée. A l'expiration du sursis, le procureur de la République fera connaître par une décision motivée à l'officier de l'état civil s'il laisse procéder au mariage ou s'il s'oppose à sa célébration. L'un ou l'autre des futurs époux, même mineur, pourra contester la décision de sursis ou son renouvellement devant le président du tribunal de grande instance, qui statue dans les dix jours.

C) La liberté du mariage trouve son fondement dans les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Elle est une composante de la « *liberté personnelle* » protégée par ces deux articles de la Déclaration. Dans le présent contexte, cette expression de « *liberté personnelle* » doit donc être préférée à celle de « *liberté individuelle* », certes employée par le Conseil en 1993, mais qui renvoie, aux termes de l'article 66 de la Constitution, à la notion beaucoup plus précise de

protection contre les détentions arbitraires et à celle d'habeas corpus [Dans le sens de cette clarification terminologique, voir notamment n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 7 et 8]. Dans leur économie générale, les dispositions précitées des articles 74 et 76 de la loi déferée ne sont pas contraires à la liberté du mariage puisque, précisément, elles tendent à prévenir des mariages non consentis ou, tout au moins, qui seraient célébrés entre personnes non véritablement désireuses d'entrer dans l'union matrimoniale.

Par ailleurs, tant la procédure que les voies de recours prévues satisfont aux exigences de la jurisprudence du 13 août 1993.

D) En revanche, allait à l'encontre de la liberté du mariage la dernière phrase du premier alinéa du nouvel article 175-2 du code civil, qui faisait obligation à l'officier de l'état civil d'informer immédiatement le préfet que l'un des membres du couple était un étranger en situation irrégulière.

En effet, cette disposition exposait à une mesure de reconduite à la frontière un étranger en situation irrégulière mais sincèrement désireux d'entrer dans les liens du mariage et de fonder un foyer. Or le risque d'être reconduit à la frontière dissuaderait l'étranger de se marier, s'opposant ainsi à sa volonté authentique.

La même question se posait à propos des derniers mots de la dernière phrase de l'alinéa suivant : « *Il [le procureur de la République] fait connaître sa décision motivée à l'officier d'état civil, aux intéressés et, le cas échéant, au préfet ou, à Paris, au préfet de police* ». Il y a été répondu de la même façon.

Enfin, devait être également censuré le membre de phrase selon lequel : « *Constitue un indice sérieux laissant présumer que le mariage est susceptible d'être annulé (...) le fait, pour un ressortissant étranger, de ne pas justifier de la régularité de son séjour lorsqu'il y a été invité par l'officier de l'état civil* ».

Certes, l'irrégularité du séjour (ou le refus de justifier de la régularité du séjour) pourrait, rapprochée d'autres éléments, constituer un « indice sérieux » permettant au maire de mettre en doute la réalité du consentement matrimonial.

Mais, en l'espèce, le législateur assimilait sans nuance la situation irrégulière d'un étranger à un indice sérieux de non consentement. Un tel amalgame était contraire au principe constitutionnel de la liberté du mariage.