



**AVIS DE Mme MALLET-BRICOUT,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 584 du 9 juillet 2025 (FS-D) – Première chambre civile

Pourvoi n° 25-40.014

Transmission : 21 avril 2025 de la cour d'appel de Paris

M. [X] [J]

C/

le préfet Le Préfet de Police de [Localité 1]

Question prioritaire de constitutionnalité

Audience du 24 juin 2025 en formation de section

Sens de l'avis : renvoi au Conseil constitutionnel

I. Faits et procédure

M. [J], de nationalité algérienne, a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion du territoire français pris le 19 février 2016, en raison « d'éléments susceptibles de caractériser des sympathies pro-djihadistes »¹.

¹ Cf. le mémoire spécial de QPC, p.2.

Au cours des neuf dernières années et sur le fondement de cet arrêté, M. [J] a été placé en rétention administrative à neuf reprises.

Remis en liberté sur décision judiciaire en date du 7 avril 2025, il s'est vu notifier une assignation à résidence pour une durée de six mois, eu égard à « *l'impossibilité temporaire d'exécuter l'arrêté ministériel d'expulsion* ».

Le 14 avril 2025², M. [J], sans domicile fixe, a été de nouveau placé en rétention, sur le fondement de la même mesure.

Par ordonnance du 18 avril 2025, le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Paris a prolongé la rétention administrative de M. [J].

M. [J] a interjeté appel de cette ordonnance et saisi le premier président de la cour d'appel de Paris d'une **question prioritaire de constitutionnalité** portant sur la non conformité des articles L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA à la Constitution, dans les termes suivants :

« Les dispositions des articles L. 741-1 et L. 741-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et droit d'asile, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024, notamment en ce qu'elles ne prévoient aucune limite à la réitération des mesures de rétention en exécution de la même mesure d'éloignement, portent-elles atteinte à la liberté individuelle et à la liberté d'aller et venir, au droit à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale ainsi qu'à l'autorité de la chose jugée par le juge judiciaire et sont-elles entachées d'incompétence négative dans des conditions qui affectent ces mêmes droits et libertés que la Constitution garantit ? »

II. Conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité

L'article 61-1 de la Constitution énonce : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte

aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.»

La QPC doit faire l'objet d'un mémoire distinct et motivé, sous peine d'irrecevabilité (cf. art. 23-1 et art. 23-5).

L'article 23-2 dispose en outre que la juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la QPC au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

En l'espèce,

² Cf. l'ordonnance du tribunal judiciaire de Paris du 18 avril 2025, p.1 et le mémoire spécial p.2 - (l'ordonnance rendue en appel le 21 avril 2025 retient plutôt le 17 avril pour le placement en rétention sur arrêté préfectoral).

la question a été soulevée dans un mémoire spécial et motivé présenté par M. [J], à l'occasion d'une instance en cours le concernant ;

elle porte sur deux dispositions législatives, en l'occurrence les articles L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA, dans leur rédaction issue de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024;

la question prioritaire de constitutionnalité vise la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, le droit à la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale, ainsi que l'autorité de la chose jugée, outre l'incompétence négative du législateur ; ces droits, principe et libertés, ainsi que l'incompétence négative du législateur, peuvent être invoqués au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité ;

par une ordonnance en date du 21 avril 2025, le magistrat délégué du premier président a ordonné la transmission de cette question à la Cour de cassation.

Il peut néanmoins être souligné que le rapport (point 4.1.2, p.3) rappelle la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère* » à une disposition législative³.

Le rapport précise ensuite :

« Pour être recevable, la QPC doit porter, non pas sur l'interprétation de la loi donnée par le seul requérant au soutien de ses demandes à l'occasion du litige en cours, mais sur une interprétation jurisprudentielle qui doit exister et émaner de la Cour suprême compétente (notamment Com., 19 octobre 2017, pourvoi n° 17-11.934 ; Crim., 27 juin 2018, pourvoi n° 18-80.684).

Depuis que le juge judiciaire est juge de la décision de placement en rétention, il n'apparaît pas que la Cour de cassation se soit prononcée sur les dispositions relatives à la réitération d'un placement en rétention prononcé en vue de l'exécution d'une même mesure d'éloignement. Le Conseil d'Etat ne semble pas davantage avoir rendu de décision sur cette question.

Il conviendra de s'interroger sur la recevabilité de la question au regard de l'ensemble de ces éléments. »

La **première chambre civile** s'était prononcée en 2021⁴ dans le sens de l'irrecevabilité d'une QPC portant sur l'ancien article L. 551-1,III du CESEDA sur le fondement de cette argumentation, mais il me semble que le contexte de la QPC était différent.

³ Voir notamment, CC. 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC.

⁴ Civ1. 11 février 2021, n° 20-17453, inédit.

En effet, comme le soulignait au début de son raisonnement la rapporteure Mme Feydeau-Thieffry (p.12) :

« Dans son mémoire, l'auteur du pourvoi soutient à titre principal que ce texte doit être interprété, conformément à la réserve d'interprétation, comme n'autorisant qu'une seule réitération.

A titre subsidiaire, il indique que si la Cour de cassation estimait que l'article L. 551-1, III devait s'interpréter comme autorisant des réitérations sans limite quantitative, il entend contester la conformité du texte aux droits et libertés garantis par la Constitution. »

Dans l'espèce à juger, le requérant M. [J] n'évoque aucunement, dans la QPC ou dans son mémoire spécial, une éventuelle jurisprudence de la Cour de cassation sur la question de la limitation du nombre de rétentions successives, ou une possible interprétation par la Cour de cassation de l'article L. 741-7 en faveur d'une absence de limite.

Il se contente de demander le renvoi au Conseil constitutionnel de sa question qui porte sur les articles L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA " tels qu'ils résultent de la loi du 26 janvier 2024 " ⁵, en ce que leurs dispositions « ne prévoient aucune limite à la réitération des mesures de rétention en exécution de la même mesure d'éloignement ».

La QPC et le mémoire spécial soulèvent l'incompétence négative du législateur, et le mémoire relève également l'existence d'arrêts contraires de cours d'appel pour l'interprétation de l'article L. 741-7 sur le point considéré (succession de rétentions). Toute l'argumentation du requérant va ainsi dans le sens d'un renvoi au Conseil constitutionnel dans le but d'obtenir une clarification sur la constitutionnalité des règles contestées (art. L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA) ; le requérant n'évoque aucune interprétation existante ou supposée de ces textes par la Cour de cassation ou par le Conseil d'Etat.

=> Pour les raisons qui viennent d'être exposées, la question prioritaire de constitutionnalité remplit à mon sens ces premières conditions de recevabilité.

III. Examen des conditions du renvoi au Conseil constitutionnel

Il résulte des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, qu'il est procédé au renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité lorsque trois conditions sont réunies :

1 - Elle est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

⁵ Voir point II.1 du mémoire spécial ; voir également la formulation de la QPC.

2 - Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances;

3 - La question posée est nouvelle ou n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

III.1. Applicabilité au litige ou à la procédure des dispositions contestées

Il ne fait pas de doute que les dispositions contestées sont applicables au litige.

M. [J] a fait l'objet d'une décision de placement en rétention administrative le 14 avril 2025 qui succédait à de précédents placements ordonnés sur le fondement de la même mesure, en l'occurrence un arrêté d'expulsion pris le 19 février 2016 à son encontre. Sa situation relève donc des articles L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA.

III.2. Absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution

Dans sa **décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024**, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur les dispositions de l'article L. 741-1 et de l'article L. 741-7 du CESEDA.

Par ailleurs, la consultation des tableaux des dispositions déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel permet de constater que les articles L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA, dans leur rédaction issue de la loi du 26 janvier 2024, n'ont pas déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

Il doit être immédiatement souligné que **la disposition qui suscite particulièrement l'intérêt, au regard de la question soulevée, est l'article L. 741-7 du CESEDA**. C'est en effet cet article qui prévoit les conditions d'une succession de placements en rétention sur le fondement d'une même mesure, sans précision par le législateur d'une éventuelle limitation du nombre de placements successifs ou de la durée globale de rétention subie par un même individu sur une certaine durée. Or c'est précisément cette critique, l'absence de limite, qui est soulevée par le requérant dans la question prioritaire de constitutionnalité transmise à la Cour de cassation.

L'article L. 741-1 du CESEDA, quant à lui, fixe les conditions juridiques d'un placement en rétention, d'une part par renvoi à l'article 731-1, d'autre part en fixant les critères légaux d'un tel placement (l'étranger ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement, et aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision).

Cette disposition ne fixe pas davantage que l'article L. 741-7 une limite quantitative ou temporelle aux décisions de placement, mais il faut comprendre de **l'articulation**

des deux dispositions que c'est bien l'article L. 741-7 qui a pour objet, précisément, de réglementer la succession éventuelle de placements en rétention qui seraient ordonnés sur le fondement de l'article L. 741-1. Pour ces raisons, les développements qui vont suivre s'intéresseront tout particulièrement à l'article L. 741-7 du CESEDA, même si la référence à l'article L. 741-1 dans la QPC n'est pas neutre, car elle permet de comprendre notamment le périmètre d'application de l'article L. 741-7.

Il doit alors être souligné que le Conseil constitutionnel a déjà statué, dans une **décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997**, sur les dispositions relatives à la possibilité d'une réitération du maintien en rétention ; cependant, de multiples modifications législatives sont intervenues depuis (voir notamment les différentes versions de l'ancien article L. 551-1 du CESEDA)⁶.

Or comme le rappelle le rapport, aux termes du 2 de l'article 23-2, des articles 23-4 et 23-5, alinéa 3, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, une QPC ne peut être renvoyée que si la disposition contestée n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances.

Dans la ligne de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point⁷, la Cour de cassation juge qu'en l'absence de changement de circonstances, de droit ou de fait, il n'y a pas lieu de transmettre une question portant sur une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution⁸.

Il convient donc de se demander si un tel changement de circonstances, de droit ou de fait, a eu lieu depuis la décision (DC) du 22 avril 1997, justifiant un réexamen de la conformité à la Constitution de la disposition contestée, en ce que les changements intervenus sont susceptibles d'affecter la portée de cette disposition.⁹

⁶ Pour le détail de la succession des textes et versions qui ont eu lieu depuis 1997, il peut être renvoyé au rapport de Mme Feydeau-Thieffry sur le pourvoi n° 20-17453 (arrêt Civ1. 11 février 2021), spéc. p.9-11.

⁷ Voir CC. 3 décembre 2009 DC, n° 2009-595, spéc. consid. 13 :

« ... ; qu'en réservant le cas du " changement des circonstances ", elle conduit à ce qu'une disposition législative déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel soit de nouveau soumise à son examen lorsqu'un tel réexamen est justifié par les changements intervenus, depuis la précédente décision, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances, de droit ou de fait, qui affectent la portée de la disposition législative critiquée. »

⁸ Voir notamment, Civ1. 17 avril 2019, n° 18-24747 :

« Mais attendu que la disposition contestée a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision n° 2018-768 QPC rendue le 21 mars 2019 par le Conseil constitutionnel ; qu'aucun changement de circonstances de droit ou de fait n'est depuis intervenu qui, affectant la portée de la disposition législative critiquée, en justifierait le réexamen ».

⁹ Il n'apparaît pas qu'un changement « dans les normes de constitutionnalité applicables » soit intervenu depuis la décision du Conseil constitutionnel du 22 avril 1997, susceptible d'affecter la portée de la disposition critiquée.

Pour cela, il est utile de comparer la version actuelle de l'article L. 741-7 avec le texte qui était l'objet de la décision du Conseil constitutionnel en 1997, afin d'évaluer leur concordance/discordance au regard de la question soulevée en l'espèce.

Il convient de préciser que l'article L. 741-7 du CESEDA trouve son origine dans le texte dont la conformité à la Constitution a été appréciée en 1997, soit l'article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 tel que modifié par l'article 13 de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997, qui a autorisé la réitération du maintien en rétention dans une hypothèse.

Le texte dont la conformité a été appréciée en 1997 par le Conseil constitutionnel était rédigé comme suit :

Article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 tel que modifié par l'article 13 de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (voir spécialement le 4°) :

« Peut être maintenu, s'il y a nécessité, par décision écrite motivée du représentant de l'Etat dans le département, dans les locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, l'étranger qui :

1° Soit, devant être remis aux autorités compétentes d'un Etat de la Communauté européenne en application de l'article 33, ne peut quitter immédiatement le territoire français ;

2° Soit, faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, ne peut quitter immédiatement le territoire français ;

3° Soit, devant être reconduit à la frontière, ne peut quitter immédiatement le territoire français ;

4° Soit, ayant fait l'objet d'une décision de maintien au titre de l'un des cas précédents, n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme du précédent maintien. » (nous soulignons)

L'article L. 741-7 du CESEDA dans sa version actuelle est rédigé comme suit :

« La décision de placement en rétention ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter du terme d'un précédent placement prononcé en vue de l'exécution de la même mesure ou, en cas de circonstance nouvelle de fait ou de droit, d'un délai de quarante-huit heures. Toutefois, si ce précédent placement a pris fin en raison de la soustraction de l'étranger aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet, l'autorité administrative peut décider d'un nouveau placement en rétention avant l'expiration de ce délai. » (nous soulignons)

On peut observer, en premier lieu, que **le libellé de la disposition a été très largement modifié entre la version soumise à l'appréciation du Conseil**

constitutionnel en 1997 et celle dont il est demandé le renvoi au Conseil constitutionnel par le requérant :

- le seul véritable point d'identité est le délai de sept jours évoqué dans l'une et l'autre versions.

- le premier texte concerne formellement le « maintien » de l'étranger en rétention, tandis que le second vise le « placement » en rétention.

- dans le premier texte, la réitération de la rétention n'est possible qu'en suite d'une décision de maintien prise « au titre de l'un des cas précédents », soit *trois hypothèses* visées dans la disposition (1°, 2°, 3°)¹⁰, tandis que dans le second texte (art. L. 741-7), le « précédent placement prononcé en vue de l'exécution de la même mesure » renvoie nécessairement aux *huit cas* prévus à l'article L. 731-1, par renvoi de l'article L. 741-1 du CESEDA.

Le contexte juridique de la réitération de la rétention n'est donc pas identique.

- les deux dispositions reflètent en outre une approche significativement différente de la question des rétentions successives sur le fondement d'une même mesure : le délai de sept jours dans le premier texte (en 1997) a pour objet l'absence de défèrement de l'étranger à la mesure d'éloignement, tandis que la version actuelle de l'article L. 741-7 du CESEDA applique simplement ce délai « à compter du terme d'un précédent placement prononcé en vue de l'exécution de la même mesure », sans davantage préciser le motif de l'inexécution de la mesure d'éloignement.

L'objet du délai de carence n'est donc pas formellement le même.

- le second texte (art. L. 741-7) est enrichi par rapport au premier : il évoque un autre délai (48 h) « en cas de circonstance nouvelle de fait ou de droit », ainsi que l'absence de délai si le « précédent placement a pris fin en raison de la soustraction de l'étranger aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet ».

Or l'interprétation d'une disposition nécessite de considérer celle-ci dans son ensemble.

On peut relever, en second lieu, qu' **au-delà de ces observations formelles, le contenu de ces dispositions n'est d'évidence pas le même :**

- certes, l'une et l'autre versions ne fixent aucune limite à la réitération de la rétention (« maintien » ou « placement »¹¹) et mettent en oeuvre un 'délai de carence' de sept jours calculé à compter du « terme du/d'un précédent maintien/placement » ;

- mais le premier texte subordonne l'application de ce délai à la circonstance que l'étranger « n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet », ce qui

¹⁰ Remise aux autorités compétentes d'un Etat de la Communauté européenne, ou arrêté d'expulsion, ou reconduite à la frontière.

¹¹ Il semble que les deux termes visent la décision du représentant de l'Etat d'ordonner une nouvelle rétention de l'étranger concerné sur le fondement de la même mesure, et qu'ils puissent donc être considérés comme visant le même type d'acte administratif.

renvoie à la volonté de la personne visée, tandis que l'article L. 741-7 de droit positif reste neutre, dans sa première phrase (celle qui nous intéresse tout particulièrement en l'espèce), sur les motifs de l'inexécution de la mesure. Seule la seconde phrase de la disposition pose une règle spéciale relative au délai de carence en cas de « soustraction de l'étranger aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet ».

Le champ d'application de la première phrase de l'article L. 741-7 est donc plus large que celui de la disposition soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel en 1997, qui visait expressément un cas précis¹².

- on peut aussi observer que le premier texte (en 1997) et le second texte (art. L. 741-7) ne se réfèrent pas dans les mêmes termes au précédent maintien/placement, qui constitue le point de départ du délai de sept jours : tandis que le texte de 1997 évoque « un délai de sept jours suivant le terme du précédent maintien », l'article L. 741-7 évoque « un délai de sept jours à compter du terme d'un précédent placement ».

Les deux formulations méritent sans doute une interprétation, mais la seconde pourrait plus facilement que la première laisser entendre que plusieurs placements successifs sont envisageables.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'existence d'un changement de circonstances entre le texte dont la conformité à la Constitution a été reconnue par le Conseil constitutionnel en 1997 et le texte objet de la présente QPC, me paraît devoir être admise sans hésitations. Aussi bien d'un point de vue formel que d'un point de vue substantiel, les deux versions diffèrent notablement, outre qu'elles s'inscrivent dans un ensemble législatif différent quant au régime juridique de la rétention (circonstances de droit). Et le contexte sociétal dans lequel ces textes ont été respectivement rédigés et votés a nécessairement évolué au cours de ces vingt-huit dernières années, s'agissant de la question politiquement sensible de la maîtrise de l'immigration sur le territoire français (circonstances de fait).

On peut en effet souligner qu'**au sens du Conseil constitutionnel**, constitue un changement de circonstances de droit la modification d'une disposition antérieurement déclarée conforme (CC. 27 octobre 2017, n° 2017-670 QPC, § 6 ; CC. 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC, § 8). Mme Feydeau-Thieffry souligne dans son rapport (précité) sur le pourvoi n° 20-17453 : « lorsque le libellé des dispositions préalablement déclarées conformes à la Constitution a été modifié, le Conseil constitutionnel juge que la QPC est recevable car elle porte alors sur des dispositions législatives différentes de celles qui ont été préalablement déclarées

¹² Ce ce que confirme au demeurant la lecture de la décision rendue en 1997, celle du compte-rendu du délibéré entre les neuf membres du Conseil constitutionnel (cf. *infra*, p.18 et suiv.) et celle des observations du Gouvernement à l'époque (cf. les extraits cités dans le rapport de Mme Feydeau-Thieffry sur le pourvoi n° 20-17453, p. 7 et suiv., notamment :

« après une première rétention, l'étranger concerné a retrouvé la liberté, et il lui appartient de se conformer à la loi en quittant de lui-même le territoire, conformément à la mesure administrative ou judiciaire dont il est l'objet. S'il n'a pas cru devoir le faire et qu'il est à nouveau appréhendé, le législateur peut décider, sans méconnaître la Constitution, ni la chose jugée par le Conseil constitutionnel, que l'intéressé fasse l'objet d'une nouvelle rétention, au cas où celle-ci serait le seul moyen de rendre effective la mesure d'éloignement et dans les strictes conditions fixées par la loi. »)

conformes à la Constitution¹³ ». Parfois même, le Conseil constitutionnel se contente d'indiquer que les dispositions qu'il examine sont celles issues d'une rédaction plus récente que celle en vigueur au moment où il s'est prononcé, sans rechercher si ces modifications sont ou non un changement de circonstances de droit (CC. 13 décembre 2013, n° 2013-359 QPC, § 4).

A fortiori, au regard des nombreux éléments distinctifs relevés ci-dessus, il me semble possible de retenir le changement de circonstances en l'espèce et de considérer que la conformité à la Constitution prononcée en 1997 pour l'article 13 de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 ne vaut pas nécessairement pour l'article L. 741-7 dans sa version issue de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024, car certes, *le silence du législateur* subsiste sur une éventuelle limite des réitérations de la rétention dans la succession de textes relatifs à cette question, mais l'environnement formel et substantiel du texte apprécié en 2017 et celui du texte de droit positif ont évolué de manière très significative. Il apparaît d'autant plus délicat de déduire du silence du législateur une nécessaire identité d'interprétation des textes en question à vingt-huit ans d'intervalle.

=> La condition de l'absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution est donc, en l'espèce, remplie.

Par ailleurs, les articles L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA ne sont visés dans aucune question prioritaire de constitutionnalité dont l'étude serait en cours à la date de rédaction de cet avis, au Conseil constitutionnel, au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation.

III.3. Caractère nouveau ou sérieux de la question posée

III.3.a. Les dispositions contestées

L'article L. 741-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose :

« L'autorité administrative peut placer en rétention, pour une durée de quatre jours, l'étranger qui se trouve dans l'un des cas prévus à l'article L. 731-1 lorsqu'il ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement et qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision.

Le risque mentionné au premier alinéa est apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L. 612-3 ou au regard de la menace pour l'ordre public que l'étranger représente ».

L'article L. 741-7 du CESEDA dispose quant à lui :

¹³ « décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, cons. 4 ; décision n° 2018-729 QPC du 7 septembre 2018, cons. 6. »

« La décision de placement en rétention ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter du terme d'un précédent placement)prononcé en vue de l'exécution de la même mesure ou, en cas de circonstance nouvelle de fait ou de droit, d'un délai de quarante-huit heures. Toutefois, si ce précédent placement a pris fin en raison de la soustraction de l'étranger aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet, l'autorité administrative peut décider d'un nouveau placement en rétention avant l'expiration de ce délai. »

On a vu que cette dernière disposition trouve son origine dans l'article 35 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 tel que modifié par l'article 13 de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (reproduit *supra*, III.2, p.7).

Dans sa **décision du 22 avril 1997 n° 397-389 (DC)**, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de cette hypothèse de réitération du maintien en rétention :

« - SUR L'ARTICLE 13 DE LA LOI :

49. Considérant que l'article 13 de la loi comporte plusieurs modifications de l'article bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée ;

. En ce qui concerne le 1° de cet article :

50. Considérant que celui-ci insère après le quatrième alinéa de l'article 35 bis, un 4° duquel il résulte que peut être maintenu, par décision écrite motivée du représentant de l'État dans le département, dans les locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, l'étranger qui ayant fait l'objet d'une décision de maintien au titre de l'un des cas visés aux 1° à 3° du même article, "n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme du précédent maintien." ; que sont concernés les cas de remise aux autorités compétentes d'un État de la Communauté européenne, d'expulsion ou de reconduite à la frontière ;

51. Considérant que les députés requérants soutiennent que cette disposition en permettant de placer de nouveau en " rétention administrative " l'étranger quelques jours après la fin de la première période de " rétention ", serait contraire aux principes dégagés par le Conseil constitutionnel en particulier dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 ; qu'aucune " limite quantitative " n'étant fixée " à la répétition de la rétention ", la durée totale de celle-ci échappe désormais à toute condition ; qu'aurait ainsi été commise une violation de la chose jugée par le Conseil constitutionnel et qu'une atteinte excessive aurait été portée à la liberté individuelle ; que les sénateurs auteurs de la seconde saisine ajoutent que par cette procédure qui tend à " réduire à néant la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle il est impossible de multiplier les mesures de rétention sur le fondement de la même décision d'éloignement ", le législateur fait obstacle à ce que soit prise en considération la survenance de faits nouveaux depuis la première mesure d'éloignement, privant ainsi la personne concernée du droit d'exercer un recours contre la décision administrative ayant provoqué la rétention ; qu'ils font enfin valoir que le délai de sept jours exigé entre deux " rétentions " ne constitue pas une condition de nature à garantir le respect de la liberté individuelle ;

52. Considérant qu'en adoptant la disposition contestée le législateur doit être regardé comme n'ayant autorisé qu'une seule réitération d'un maintien en rétention, dans les seuls cas où l'intéressé s'est refusé à déférer à la mesure d'éloignement prise à son encontre ;
que sous ces **réserves d'interprétation** et alors que d'éventuels changements des situations de fait et de droit de l'intéressé doivent être pris en compte par l'administration sous le contrôle du juge, cette disposition ne porte pas, compte tenu des exigences de l'ordre public, une atteinte excessive à la liberté individuelle ». (nous soulignons)

Le texte originel, ainsi que sa lecture et son interprétation par le Conseil constitutionnel, démontrent que la « réitération d'un maintien en rétention » (pour reprendre les termes du Conseil constitutionnel), autorisée dans cette disposition, vise l'hypothèse d'un nouveau placement en rétention au titre de « la mesure d'éloignement » à laquelle l'étranger concerné « n'a pas déféré ».

Le Conseil constitutionnel effectue une réserve d'interprétation, limitant la réitération du maintien en rétention à une seule fois, mais en précisant bien **le périmètre du texte et corrélativement de sa réserve** : « en adoptant la disposition contestée le législateur doit être regardé comme n'ayant autorisé qu'une seule réitération d'un maintien en rétention, **dans les seuls cas où l'intéressé s'est refusé à déférer à la mesure d'éloignement prise à son encontre** » (nous soulignons)

Il précise, en outre, en réponse aux critiques des sénateurs, que « d'éventuels changements des situations de fait et de droit de l'intéressé doivent être pris en compte par l'administration sous le contrôle du juge ».

Et en réponse aux critiques des députés, le Conseil constitutionnel conclut que « sous ces réserves d'interprétation (...), cette disposition ne porte pas, compte tenu des exigences de l'ordre public, une atteinte excessive à la liberté individuelle ». Les députés requérants voyaient en effet dans ce texte une atteinte excessive à la liberté individuelle, en ce qu'il ne prévoyait « aucune " limite quantitative " (...) " à la répétition de la rétention ", la durée totale de celle-ci échapp[ant] désormais à toute condition ».

Pour l'application de la disposition entrée en vigueur en 1997, la question soulevée dans notre espèce était donc résolue par l'effet de cette réserve d'interprétation. Le Conseil constitutionnel, sans le dire expressément, a considéré que cette réserve permettait d'atteindre un équilibre entre les « exigences de l'ordre public » et la préservation de la « liberté individuelle ».

C'est précisément la même critique que celle soulevée par les députés en 1997, qui est adressée au texte en vigueur (l'article L. 741-7 du CESEDA) par le requérant en l'espèce. La QPC invoque en effet l'absence de limite à « la réitération des mesures de rétention en exécution de la même mesure d'éloignement » comme étant constitutive d'une atteinte à la liberté individuelle et à la liberté d'aller et venir, outre la contrariété à d'autres droits et principe.

Peut-on considérer que la question soulevée en l'espèce ne serait pas sérieuse, en raison de l'existence de cette réserve d'interprétation posée par le Conseil constitutionnel en 1997 en réponse (notamment) à un argument similaire ?

Il est vrai que la problématique soulevée est globalement la même (l'absence de limite expresse à la succession de réitérations de placements en rétention).

On peut observer, d'une part, que la **première chambre civile**, dans un arrêt rendu le 11 février 2021¹⁴ a jugé irrecevable une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'ancien article L. 551-1, III du CESEDA¹⁵, pour un motif lié aux arguments soulevés par le requérant dans son mémoire spécial¹⁶. Elle ne s'est donc pas prononcée sur le caractère sérieux de la question soulevée.

Plus récemment, la première chambre civile (Civ1. 9 avril 2025)¹⁷ semble s'être ralliée à une interprétation de l'article L. 741-7 du CESEDA dans le sens d'une limitation de la réitération du placement sur le fondement de la même mesure à une seule fois. Cependant, cette prise de position n'était qu'incidente dans cet arrêt, par lequel la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qui portait sur l'article L. 741-7 mais plus spécialement sur l'ajout réalisé dans cette disposition par la loi du 26 janvier 2024 et sur la condition d'une « même mesure »¹⁸. De plus, la situation concernait une

¹⁴ Civ1. 11 février 2021, pourvoi n° 20-17453, précité :

« 4. Selon l'article L. 551-1, III, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la décision de placement en rétention ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter du terme d'un précédent placement prononcé en vue de l'exécution de la même mesure d'éloignement. Toutefois, si le précédent placement en rétention a pris fin après que l'étranger s'est soustrait aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet, l'autorité administrative peut décider d'un nouveau placement en rétention avant l'expiration de ce délai.

5. Tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la juridiction suprême compétente.

6. Cependant, il n'existe pas, en l'état, de jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle l'article L. 551-1, III, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile serait interprété comme autorisant, sans limitation quant au nombre, la réitération du placement en rétention d'un étranger sur le fondement d'une même mesure d'éloignement.

7. En conséquence, la question n'est pas recevable. »

¹⁵ Qui a précédé, dans des termes assez proches, l'article L. 741-7 du CESEDA.

¹⁶ Voir *supra*, p.3.

¹⁷ Civ1. 9 avril 2025, pourvoi n° 25-40003, publié (voir extrait ci-après).

¹⁸ Pour mémoire, art. L. 741-7 :

« La décision de placement en rétention ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter du terme d'un précédent placement prononcé en vue de l'exécution de la même mesure ou, en cas de circonstance nouvelle de fait ou de droit [ajout 2024], d'un délai de quarante-huit heures. (...) »

personne étrangère qui avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion puis d'une obligation de quitter le territoire français, mais dont les autorités algériennes avaient expressément refusé le retour sur le territoire algérien à son arrivée à l'aéroport d'[Localité 4] ; la situation n'était donc pas comparable à celle visée par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 tel que modifié par l'article 13 de la loi du 24 avril 1997, qui concerne l'hypothèse où l'étranger « n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme du précédent maintien ».

Civ1. 9 avril 2025 (nous soulignons) :

« Examen de la question prioritaire de constitutionnalité

7. La disposition dont la constitutionnalité est contestée [article L. 741-7 du CESEDA] régit les placements en rétention en exécution d'une même mesure. Elle fixe des conditions de délai entre le premier placement et le second, qui sont de sept jours ou de quarante-huit heures en cas de circonstance nouvelle de fait ou de droit, et écarte tout délai quand le placement a pris fin du fait que l'étranger s'est soustrait aux mesures de surveillance.

8. Dès lors que M. [G] a été placé en rétention la première fois sur le fondement d'un arrêté d'expulsion et la seconde fois sur le fondement d'une obligation de quitter le territoire national, la disposition contestée n'est pas applicable au litige.

9. En conséquence, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel. »

On peut observer par ailleurs que des **cours d'appel** ont pu avoir des appréciations divergentes sur l'interprétation de l'article L. 741-7 du CESEDA, précisément sur la question soulevée en l'espèce par le requérant, ainsi que le soulignent le mémoire spécial et l'avis du ministère public en l'espèce¹⁹.

Outre ces premiers éléments, certains autres aspects me semblent démontrer le caractère sérieux de la question posée par M. [J] au Conseil constitutionnel.

La rétention administrative constitue indéniablement une forme d'atteinte à la liberté individuelle. Le rapport (p.4) rappelle que le droit à la protection de la liberté individuelle est rattaché par le Conseil constitutionnel à l'article 66 de la Constitution de 1958, qui prohibe la détention arbitraire et érige l'autorité judiciaire en gardienne de la liberté individuelle. La « liberté » est également expressément visée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La protection de la liberté d'aller et venir relève de ces dispositions. Quant au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une

¹⁹ Comparer : CA. Orléans 9 février 2025, RG 25/00421 ; CA. Orléans 2 avril 2025, RG 25/01074 ; CA. Paris 7 avril 2025, RG 25/01859 ; voir aussi CA. Paris 5 février 2025, RG 25/00621. (Arrêts cités par le mémoire spécial partie 2, et par l'avis du ministère public devant la cour d'appel p.3 ; voir également le rapport p.10-11)

vie familiale normale, le Conseil constitutionnel a également consacré leur caractère constitutionnel et a admis qu'ils puissent être invoqués dans des QPC²⁰.

Or de longue date, le Conseil constitutionnel porte une attention particulière à la question de la durée de la rétention des personnes étrangères.

En 2011, notamment, il a censuré une loi qui portait la durée maximale de rétention à dix-huit mois²¹.

En 2018²², il a rappelé :

« 9. Aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. Les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté individuelle, protégée par l'article 66 de la Constitution, qui ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire et la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis. »

ET l'on sait qu'en 1993, le Conseil constitutionnel a rendu une décision importante dans laquelle il a rappelé, de manière plus générale, les droits fondamentaux reconnus aux personnes étrangères - Décision CC 13 août 1993, n° 93-325 (DC) :

« Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ».

La succession de placements en rétention fondés sur une même mesure d'éloignement crée nécessairement une durée cumulée de rétention qui peut être

²⁰ Voir par exemple, CC. 25 janvier 2024, n° 2023-863 (DC) (§ 61 à 65) ; CC. 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC (§ 6 et 16).

²¹ CC. 9 juin 2011, n° 2011-631 (DC).

²² CC. 15 mars 2018, n° 2018-762 (DC).

importante : **si aucune limite n'est posée, un nouveau placement en rétention sur le fondement de la même mesure serait possible indéfiniment** à condition de laisser à l'étranger concerné un répit de sept jours entre deux placements. Cela reviendrait à autoriser, sans véritable limite temporelle, une succession de rétentions administratives sur le fondement d'une unique mesure d'éloignement non exécutée, étant précisé que la durée maximale de la rétention, dans le cas de prolongations, peut aller jusqu'à 90 jours (voire davantage dans certaines hypothèses).

Le régime juridique applicable à un nouveau placement en rétention offre cependant à la personne concernée **des droits et garanties**, notamment pour ce qui concerne les durées séquencées et maximale de la rétention, avec la précision essentielle que tant le juge judiciaire que le juge administratif exercent **un contrôle étroit de la procédure** ayant mené à la rétention ainsi que de la rétention elle-même, et le juge judiciaire peut être amené à prononcer la remise en liberté à tout moment.

Ainsi, à chaque étape du séquençage des durées légales de la rétention, le juge judiciaire doit s'assurer du caractère suffisant des diligences de l'administration pour organiser le départ de l'étranger ; à défaut, la mainlevée de la mesure doit être ordonnée. La Cour de cassation contrôle la façon dont les juges du fond doivent assurer leur contrôle de ces diligences. Notamment, le juge est tenu de vérifier que les autorités étrangères ont été requises de manière effective. Et avant de s'interroger sur les diligences de l'administration, le juge judiciaire doit, pour les deuxième, troisième et quatrième prolongations, vérifier que l'administration justifie être dans l'un des cas de figure limitativement énumérés par le législateur²³.

En outre, le principe même du contrôle du juge, de sa propre initiative ou sur requête à tout moment de l'étranger concerné, est affirmé dans trois dispositions phare, les articles L. 741-3 , L. 742-8 et L. 743-2 du CESEDA.

Ces dispositions répondent aux principes posés dans la directive dite « retour » n° 2008-115/CE du 16 décembre 2008²⁴.

Dans une décision rendue en 2018²⁵, le Conseil constitutionnel a considéré que l'atteinte à la liberté individuelle qui résulte de l'allongement à 90 jours de la durée maximale de la rétention administrative d'un étranger est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public poursuivi par le

²³ Cf. les articles L. 742-4 et L. 742-5 du CESEDA ; l'article 40,5° de la loi du 26 janvier 2024, d'application immédiate, a révisé un cas de 3^{ème} et 4^{ème} prolongations, en supprimant l'exigence d'une « particulière gravité » concernant la menace pour l'ordre public.

²⁴

Selon l'article 15§1 de cette directive, « toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise ». Le §4, précise : « Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté ».

²⁵ CC. 6 septembre 2018, n° 2018-770 (DC).

législateur. Il a toutefois émis une réserve aux termes de laquelle l'autorité judiciaire conserve la possibilité 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.

Le contrôle exercé par le juge administratif est également important. Si la décision d'éloignement est annulée par le juge administratif, il est immédiatement mis fin au maintien de l'étranger en rétention (cf. art. L. 742-9 du CESEDA).

La législation relative à la rétention administrative des étrangers, évolutive au cours de ces dernières décennies, entend ainsi **préserver un équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle, et la préservation des libertés individuelles**, en érigeant le juge judiciaire gardien de ces libertés, afin qu'il exerce étroitement et régulièrement son office.

Dans la **loi du 26 janvier 2024**, le législateur a accordé une attention particulière à l'objectif de préservation de l'ordre public. Plus généralement, la préservation de l'ordre public est prise en compte pour l'appréciation par l'autorité administrative de la nécessité d'une mesure d'éloignement telle que l'expulsion ou l'obligation de quitter le territoire français.

Compte tenu des exigences de l'ordre public, le Conseil constitutionnel a estimé, en 1997, qu'une telle réitération pouvait avoir lieu une seule fois et que le texte était conforme à la Constitution sous cette réserve. Mais l'on a d'ores et déjà souligné que l'article L. 741-7 du CESEDA se distingue à plusieurs égards du texte dont la constitutionnalité était appréciée en 1997, que ce soit formellement ou dans sa substance (cf. *supra*, III.2, p.5 et suiv.).

Il convient également de souligner que **la lecture des débats qui ont eu lieu en 1997 au Conseil constitutionnel** révèle que lors de la discussion de l'article 13 de la loi du 24 avril 1997, les neuf membres du Conseil constitutionnel ont assez longuement débattu sur la censure de cette disposition ou sur la création de réserves d'interprétation, en insistant sur l'importance des enjeux portés par ce texte du point de vue de la durée de la rétention et des libertés individuelles.

Le rapporteur (M. Robert) a souligné²⁶, parmi « les orientations du projet de loi », celle d'« améliorer le taux d'exécution des mesures d'éloignement par une amélioration de la rétention », notamment dans le cadre de « rétentions successives ».

Le Président a ensuite fait part des « préoccupations » du Conseil constitutionnel :
« Ces orientations seront appréciées au regard de nos préoccupations :

- 1° un ferme respect de la liberté individuelle ;
- 2° le rôle éminent dévolu à l'autorité judiciaire, gardienne suprême de cette liberté ;
- 3° le droit à « une vie familiale normale » des étrangers intégrés dans notre pays, droit auquel j'attache une importance particulière. »

²⁶ Séance du 22 avril 1997, p.9.

Le débat est ensuite restitué aux pages 47 à 54 du compte-rendu de cette séance du 22 avril 1997. **Des extraits me paraissent mériter d'être cités**, afin de montrer l'opposition des points de vue sur les lectures possibles du texte, ainsi que le vote final, très serré (5 voix contre 4), en défaveur de la censure de l'article 13 :

(Nous soulignons)

« Le Secrétaire général du Gouvernement explique ces modifications par le taux d'échec élevé d'exécution des mesures d'éloignement. Néanmoins, la répétition, en quelque sorte à l'infini de la rétention, heurte un certain nombre de principes et porte une atteinte excessive à la liberté individuelle - *c'est une façon de tourner notre jurisprudence sur la durée de la rétention* - (...) »

Monsieur ABADIE : Sur le renouvellement du maintien en rétention ; comment est-il motivé par le gouvernement ?

En 4 ans, date de notre dernière décision, les choses ont changé ; les difficultés matérielles dans l'exécution des mesures d'éloignement se sont accrues.

Le délai actuellement applicable ne permet pas de procéder aux expulsions. Je pense notamment aux commandants de bord qui refusent de prendre plus de 4 personnes expulsées à bord des avions, ce qui limite nécessairement le nombre de reconduites.

Cette disposition reflète la nécessité de faire face à l'évolution de cette situation.

Un renouvellement indéfini porterait atteinte à la liberté individuelle. N'y-a-t-il pas un moyen terme ? Celui-ci m'est inspiré par les termes mêmes du texte : on emploie au singulier le terme « une mesure d'éloignement », dans un contexte précis qui est celui de la réalisation d'une première rétention dans les conditions visées aux 1° à 3°.

On pourrait estimer que ce renouvellement est possible seulement après une première période de placement en rétention, c'est tout.
Une fois paraît tout à fait acceptable.

(...)

Madame LENOIR : (...)

Ce qui nous est proposé, c'est d'allonger la rétention administrative, sur la base d'un même arrêté.

La solution proposée par le préfet est conforme à la lettre du texte et évite la censure. Par contre, *si l'on admet que le texte vise la répétition indéfinie, on ne peut pas l'accepter, par rapport à notre jurisprudence précédente.*

Monsieur FAURE : *Il y a entre les deux rétentions sept jours de liberté, mais il n'y a pas d'autre limite dans le temps.*

Monsieur DUMAS : *Le Conseil d'Etat, lorsqu'il a examiné le projet de loi a indiqué que le sens de cette disposition était de renouveler plusieurs fois le placement sans*

limitation quelconque. C'est un élément d'information. Je vous le donne, car il est important par rapport au sens à donner à l'article en cause.

Monsieur LANCELOT : *C'est la possibilité de renouvellement indéfini qui pose problème.* La réflexion du préfet est intéressante. Une réserve d'interprétation s'en tenant à la stricte lecture du texte est tentante.

Monsieur DUMAS : *Je ne pense pas que le sens de l'article soit celui d'une seule remise en rétention.*

(Il lit l'article 35 bis).

Monsieur AMELLER : *Ici l'étranger n'a pas déféré à la mesure d'éloignement alors que rien ne l'empêche de le faire.* C'est délibérément qu'il échappe à l'éloignement. C'est donc un cas très différent de ceux visés aux 1° à 3°, où la non exécution de l'éloignement n'est pas directement lié à un refus de l'étranger.

(...)

Monsieur FAURE : *L'avantage de la rédaction du préfet, c'est que la censure est évitée ; mais l'inconvénient c'est que ça ne peut jouer qu'une fois ; c'est donc une réécriture du texte.* Par ailleurs, il y a toujours la difficulté qui tient à l'absence de limitation dans le temps ; *la deuxième rétention peut intervenir à tout moment.*

Monsieur GUENA : *La mesure est une mesure de bon sens et d'ordre public.*
L'administration doit avoir une deuxième chance.

Monsieur AMELLER : Une fois encore, *c'est l'étranger qui ne défère pas, délibérément.*

Madame LENOIR : *Je crois qu'il faudrait éviter la censure. Néanmoins il faut rappeler que la rétention administrative peut être suivie de la rétention judiciaire de 3 mois ; par ailleurs, il y a les sanctions pénales.* Sur les 27 % de non exécution d'arrêtés de reconduite à la frontière, beaucoup d'entre eux se retrouvent au pénal.

Est-ce que l'on peut admettre de remettre en rétention un étranger sans réexaminer sa situation ? *Il faut que les circonstances de fait et de droit au moment où la personne va être replacée en rétention soient prises en considération.*

Monsieur FAURE : La solution Abadie ne donne que 25 jours en tout. Je me contenterai aussi d'une fois.

Monsieur ROBERT : *On veut nous « contourner » sur la durée.*

(...)

Madame LENOIR : Il faut faire un rappel sur la rétention. On a légalisé les centres de rétention en les entourant de garanties, compte tenu des abus qui existaient dans la pratique.

Le Conseil constitutionnel avait validé la rétention parce que le délai était bref et qu'il y avait le juge.

Monsieur LANCELOT : (...)

Une décision du Conseil constitutionnel est une décision prise dans une conjoncture particulière. (...)

Monsieur le Président : *Vous ne pouvez pas faire de nous le juge de la conjoncture. Est-ce que nous ne devons pas apprécier cette question par rapport aux grands principes constitutionnels que le Conseil a déjà dégagés ?*

Madame LENOIR : *Est-ce que l'on ne pourrait pas, pour éviter la censure, conjuguer ce qui est au fondement du droit, à savoir que la nouvelle mesure doit tenir compte de la situation de l'étranger lors de la mise en rétention, et par ailleurs indiquer que la seconde rétention doit intervenir dans un délai raisonnable après le premier placement en rétention.*

Monsieur le Secrétaire général : *Pour suivre l'idée qui a été avancée, il faut une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel sur 2 points : dire que la disposition est ambiguë, ce qui permet de faire une interprétation sur sa lecture qui correspond à ce qu'a indiqué Monsieur ABADIE (une seule fois), et par ailleurs préciser le sens de « n'a pas déferé ».*

(...)

Monsieur le Président : Quel est l'avis du rapporteur ?

Monsieur ROBERT : *Je garde la proposition de censure.*

(Messieurs DUMAS, ABADIE, ROBERT et Madame LENOIR votent pour la proposition du rapporteur et Messieurs CABANNES, LANCELOT, AMELLER, GUENA et FAURE votent contre). »

L'atteinte potentielle aux droits et libertés de l'étranger, constitutionnellement garantis, mérite à mon sens un nouveau regard du Conseil constitutionnel sur le texte en vigueur, à moins de considérer que la position prise par le Conseil constitutionnel en 1997 constituerait une position de principe immuable, ce qui ne me paraît pas ressortir clairement des débats qui ont eu lieu sur l'interprétation de l'article 13 à l'époque.

La question est par ailleurs particulièrement importante du point de vue de l'intensité de l'atteinte aux libertés individuelles qu'une succession de placements en rétention peut créer si aucune limite temporelle n'est posée.

Or il me semble qu'il revient au Conseil constitutionnel, dans le silence du législateur sur ce point :

1/ de décider si une telle succession est ou non admissible sans limite ;

2/ s'il considère qu'une limite doit être fixée, de décider si l'article L. 741-7 du CESEDA doit être censuré afin de laisser le législateur se prononcer sur ses modalités, ou bien s'il est nécessaire d'en préciser les limites par des réserves d'interprétation.

Pour cela, le Conseil constitutionnel devra réfléchir à l'interprétation des articles L. 741-1 et L. 741-7 du CESEDA, non seulement au regard de leur contenu littéral, mais aussi au regard de l'esprit de la loi du 26 janvier 2024, et de l'environnement législatif plus largement envisagé (soit l'ensemble des dispositions de la loi dite « immigration, intégration » du 26 janvier 2024, dont certaines pourraient venir éclairer l'interprétation des dispositions contestées).

La limite à une seule réitération posée dans la réserve d'interprétation énoncée en 1997 a en effet été décidée de manière discrétionnaire par le Conseil constitutionnel, au regard de ce qui lui a sans doute paru être une solution raisonnable dans le contexte de l'époque.

Dans le silence du législateur, d'autres modalités de réitération pourraient être envisagées, tenant non seulement au nombre de placements successifs en rétention, mais aussi à la durée totale des rétentions successives, à la prise en compte d'une menace à l'ordre public, etc.²⁷ Etant précisé que la durée maximale de rétention admise aujourd'hui est bien supérieure à celle qui était admise en 1997. Le régime juridique de la rétention a indéniablement beaucoup évolué depuis cette date.

Il me semble ainsi nécessaire que le Conseil constitutionnel envisage à nouveau la question soulevée par le requérant dans le contexte légal de droit positif. L'étude de la jurisprudence des cours d'appel et de la Cour de cassation ne montre pas l'existence d'une jurisprudence ferme sur le point soulevé, et la lecture de l'article L. 741-7 du CESEDA révèle des ambiguïtés ou incertitudes difficiles à lever, en substance et par comparaison avec le texte interprété en 1997. La nécessité de poser une ou des limites aux réitérations de placements en rétention est probablement acquise sur le principe, en revanche la détermination des modalités de ces limites ne relève pas de l'évidence.

=> Pour l'ensemble de ces raisons, la question prioritaire soulevée par le requérant me paraît présenter le caractère sérieux requis pour une transmission au Conseil constitutionnel.

III.3.b. Sur la nouveauté de la question posée

²⁷ Par exemple, admettre trois rétentions successives d'une durée de 10 ou 15 jours, pour des raisons tenant au non-respect ou à l'impossibilité d'une assignation à résidence, et à l'impossibilité d'exécution du retour, serait-il plus problématique du point de vue des libertés individuelles qu'une seule rétention prolongée jusqu'à 90 jours ? Dans l'hypothèse d'une personne dont le comportement constitue une menace réelle à l'ordre public, ne pourrait-on admettre plus de deux rétentions successives fondées sur une même mesure plutôt que de n'admettre qu'une seule réitération et d'imposer alors à l'administration de prononcer une nouvelle mesure pour pouvoir procéder à une nouvelle rétention ?

Le critère de la nouveauté de la question recouvre deux acceptions, admises par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009.

. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a jugé (consid. 21) que le critère de nouveauté ne s'apprécie pas au regard de la disposition législative contestée mais de la disposition constitutionnelle à laquelle elle est confrontée. Est donc nouvelle la question de constitutionnalité invoquant une norme constitutionnelle que le Conseil n'a jamais eu à interpréter.

Tel n'est pas le cas dans les questions qui sont posées par le requérant en l'espèce.

Il résulte en effet de la consultation des *Tables analytiques* sur le site du Conseil constitutionnel que les libertés individuelle et d'aller et venir, et les droits au respect de la vie privée et à une vie familiale normale, invoqués par le requérant, ont déjà fait l'objet d'interprétations par le Conseil constitutionnel sous leurs différentes déclinaisons.

. En second lieu, le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision du 3 décembre 2009, que le législateur organique a aussi entendu, par l'ajout de ce critère, permettre au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (dans les cas autres que ceux où est en cause une disposition constitutionnelle nouvelle ou inédite) « **d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif** » (consid. 21).

Mme Maugué et M. Stahl soulignent que « Les juridictions suprêmes ont donc une certaine marge d'appréciation. Le critère de nouveauté s'avère être un critère alternatif - au sens de complémentaire - offert aux juridictions souveraines pour déterminer s'il est ou non opportun de transmettre une question prioritaire éventuellement dépourvue de caractère sérieux »²⁸.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont utilisé cette possibilité de plusieurs manières²⁹. M. Marc Guillaume souligne ainsi qu'a pu être renvoyée au Conseil constitutionnel « une question dont le caractère sérieux n'[est] pas manifeste - ou même dont le caractère non sérieux [est] manifeste - mais qui se poserait à l'occasion de nombreuses instances (cas d'une série mettant en cause la conformité à la Constitution d'une disposition législative), de sorte qu'il serait précieux que le Conseil constitutionnel tranche lui-même en amont la question de constitutionnalité, pour dire le droit avec l'autorité qui s'attache à ses décisions (...) ». Peut ainsi être qualifiée de

²⁸ C. Maugué, J-H. Stahl, *Question prioritaire de constitutionnalité*, 3ème éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2017p. 70.

²⁹ Voir notamment, Civ1. 16 novembre 2010, n° 10-40042 ; Crim. 19 janvier 2011, n° 10-85159, publié ; CE. 23 avril 2010, *M. C...*, n° 327174 ; CE. 20 avril 2011, *Département de la Somme*, n° 346460.

"nouvelle", « une QPC faisant l'objet d'un recours massif et qu'il est opportun de faire trancher définitivement par le Conseil constitutionnel »³⁰.

Le **Conseil constitutionnel**, quant à lui, précise dans son livret intitulé *La question prioritaire de constitutionnalité en questions* ³¹ :

« Il n'existe pas de définition de la "question nouvelle". Toutefois, une question est nouvelle notamment si sa résolution suppose l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de faire application.

Ce critère permet également au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif à celui de la question sérieuse. Ainsi, une QPC peut être renvoyée au Conseil constitutionnel au motif qu'elle porte sur un sujet de société faisant l'objet d'un large débat qu'il importe de trancher définitivement. Par exemple, a été renvoyée au Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité de la législation relative à la fin de vie.

Il s'agit ici d'un exemple, d'autres hypothèses de questions nouvelles ayant été admises par le Conseil d'État et la Cour de cassation.

En revanche, une question ne peut être nouvelle au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel. »

Il a pu être observé³², notamment, que le Conseil d'Etat a aussi « eu recours à la "question nouvelle" dans le cas où une norme constitutionnelle déjà interprétée se heurte à une difficulté de principe, qui sans être sérieuse, justifie que le Conseil en précise la portée (CE, 10 novembre 2010, n° 340106, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux* ; CE, 17 décembre 2010, n°343752, (...)). Ces décisions soulignent que la notion de "question nouvelle" est une notion souple et fonctionnelle ».

Le Rapport du groupe de travail commun au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sur la QPC (2018) souligne (p.9) :

« il apparaît clairement que le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation considèrent que doivent être tranchées par le Conseil constitutionnel certaines questions de constitutionnalité, parce que portant sur des sujets politiquement sensibles et débattus (Cass. crim., 29 novembre 2016, n° 16-90.024 sur la consultation habituelle de site à caractère terroriste ; CE, 27 septembre 2017, Union syndicale des magistrats, n° 410403, sur l'indépendance du parquet ; s'agissant de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, toutes les QPC dont a été saisi le Conseil d'Etat ont été transmises au Conseil constitutionnel, y compris lorsque l'issue de la question ne faisait guère de doute : voir par exemple, pour une

³⁰ M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Rép. de contentieux administratif*, avril 2022, n° 323.

³¹ Diffusé sur le site internet du Conseil constitutionnel, oct. 2023, voir spéc. p. 59-60.

³² M. Guillaume, art.cit., n° 324.

transmission sur le terrain de la question nouvelle, CE, 15 janvier 2016, Ligue des droits de l'Homme, n° 395091 (...)). Dans de tels cas, même si à la vérité le juge du filtre n'éprouve pas beaucoup d'hésitation quant au sens de la réponse qui sera apportée, la pratique convergente du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation consiste à renvoyer la question au Conseil constitutionnel, pour qu'elle soit tranchée par le juge de la constitutionnalité des lois. Le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation ont pu, dans certains cas, utiliser la notion de « question nouvelle » pour renvoyer de telles questions au Conseil constitutionnel. ».

M. Guillaume précise enfin que « si plusieurs décisions de renvoi de QPC par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont déjà utilisé le fondement de la question nouvelle, aucune n'a, pour le moment, conduit le Conseil constitutionnel à préciser cette notion au-delà des termes de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (Cons. const. 22 juill. 2010, n° 2010 4/17 QPC. – Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-79 QPC) »³³.

Au regard de ces développements, et notamment de la position publique du Conseil constitutionnel lui-même (cf. *supra*, p.21), le critère de « nouveauté » de la question posée apparaît donc souple dans cette seconde acception. Il revient aux Hautes juridictions d'apprécier « l'intérêt » qu'il y aurait à transmettre la question posée au Conseil constitutionnel, afin de trancher un sujet de société faisant l'objet d'un large débat.

En l'espèce, il me semble que le sujet sur lequel porte la question prioritaire de constitutionnalité relève d'un large et important débat, à l'heure actuelle, au sein de la société française, celui du droit applicable aux personnes étrangères en situation irrégulière qui se maintiennent durablement sur le territoire français en dépit de mesures prises à leur encontre tels un arrêté d'expulsion ou encore une obligation de quitter le territoire français, sans que cette mesure puisse être concrètement exécutée³⁴. En témoigne l'omniprésence de ce sujet dans les médias, et les fortes tensions autour de celui-ci au sein des différents partis politiques.

Le cas d'espèce est topique de ce débat, M. [J] étant sans domicile fixe et voyant se succéder à son encontre des décisions d'assignation à résidence (alors même qu'il n'a pas de domicile) et de rétention administrative depuis l'arrêté d'expulsion prononcé à son encontre en 2016, en dépit des difficultés que l'Etat français rencontre actuellement pour renvoyer dans leur pays des ressortissants algériens en situation irrégulière. Le dossier ne rend compte par ailleurs d'aucun élément le concernant qui relèverait du droit pénal³⁵.

La circonstance d'une succession de placements en rétention d'une personne étrangère, sur le fondement d'une même mesure, depuis neuf ans et sans

³³ M. Guillaume, art.loc.cit.

³⁴ Pour des raisons qui peuvent tenir à la volonté de la personne concernée, ou au refus de délivrance des titres nécessaires par l'Etat de la nationalité de celle-ci, ou encore à d'autres circonstances de fait ou de droit.

³⁵ Cf. les ordonnances rendues en première instance et en appel, le mémoire spécial, les avis rendus par le ministère public sur la QPC.

perspective que l'enchaînement des placements cesse le cas échéant, me paraît relever de ce débat sociétal, dans la mesure où la rétention administrative constitue une mesure privative de liberté dont la durée peut s'étaler jusqu'à 90 jours (soit trois mois)³⁶, avec un délai de carence de 7 jours (ou 48 h) entre deux placements.

Les dispositions invoquées par le requérant n'apportant aucune précision expresse sur une éventuelle limitation du nombre de placements successifs dans ce type d'hypothèse (qui ne constitue pas un cas d'école), et le dernier positionnement du Conseil constitutionnel sur ce point datant de 1997, soit il y a vingt-huit ans, sur le fondement d'un texte qui n'était pas rédigé de manière identique, il me semble qu'il existe un intérêt à transmettre la question au Conseil constitutionnel, afin qu'il puisse se saisir à nouveau de la question soulevée dans le contexte législatif de droit positif et à la lumière du débat sociétal actuel sur les sujets sous-tendus par cette QPC.

=> En conclusion sur le critère de nouveauté, la question posée pourrait être considérée comme présentant un caractère nouveau, au second sens retenu par le Conseil constitutionnel et par la jurisprudence des Hautes cours judiciaire et administrative : la Cour de cassation pourrait considérer qu'il existe un « intérêt » à transmettre cette question au Conseil constitutionnel pour les raisons qui viennent d'être exposées.

En conclusion,

la question prioritaire de constitutionnalité posée m'apparaît présenter les caractères de sérieux voire de nouveauté requis pour être transmise au Conseil constitutionnel.

Avis de transmission au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité.

³⁶ Voir davantage dans certaines hypothèses (art. L. 742-6 et L. 742-7 du CESEDA, cas de « l'étranger dont le comportement est lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées »).