

**N°s 450285 et 450288**  
**Association ADDE et autres**

**2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 2 février 2022**  
**Décision du 24 février 2022**

## **CONCLUSIONS**

**Mme Sophie ROUSSEL, Rapporteuse publique**

Opérée historiquement par voie réglementaire, les codes publiés par des décrets en Conseil d'Etat se juxtaposant, jusqu'à (une éventuelle/tardive) validation législative, aux textes législatifs source sans abrogation, la codification a pris un tour nouveau à compter des années 2000 avec le recours systématique aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution qui permettent, dans un même véhicule normatif, de procéder à l'adoption du code et à l'abrogation des dispositions d'origine.

Parmi les exceptions au principe selon lequel, dans le cadre d'une codification à droit constant, les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, figurent classiquement, depuis la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, « *les modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes* »<sup>1</sup>.

Cette précision était presque superflue. Avant même la loi de 1999 d'habilitation en matière de codification, le Conseil constitutionnel avait déjà jugé, dès le début des années 1980, en dehors du champ de la codification (décision n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, *Loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution à prendre des mesures d'ordre social*, cons. 6 ; décision n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 14), que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, lesquels incluent<sup>2</sup>, entre autres, la primauté des traités sur les lois, énoncée par l'article 55 de la Constitution.

Le Gouvernement ne peut, pas plus que le législateur au nom duquel il agit, s'extraire de cette exigence, impérative dans le cadre de l'élaboration de l'ordonnance portant partie législative

---

<sup>1</sup> Voir la décision bien connue du Conseil constitutionnel sur la portée des exceptions à ce principe : décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

<sup>2</sup> ainsi que le relève le commentaire officiel de la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

d'un code. Il ne peut davantage s'en détacher lorsque, adoptant la partie réglementaire d'un code lorsqu'il intervient dans les matières relevant de l'article 37 de la Constitution, et ce alors même qu'il n'est pas soumis dans ce cadre au principe du droit constant. L'exercice de codification est au contraire une occasion de tirer les conséquences de l'obligation, rappelée la jurisprudence *Ponard* du 14 novembre 1958, de laisser inappliqué un règlement illégal.

Le texte codifié, qu'il s'agisse d'une ordonnance ou d'un décret, n'est donc pas juridiquement le même que celui qu'il remplace, même s'il est repris sans modification dans le nouveau code : une appréciation a été portée sur la conformité des textes existants aux normes supérieures, qui repose en quelque sorte sur une cause juridique nouvelle, pour se référer aux critères habituellement retenus pour caractériser une décision confirmative.

C'est la raison pour laquelle vous ne sauriez opposer aux requérants qui vous saisiraient d'un recours pour excès de pouvoir recevable contre une ordonnance ou un décret de codification le caractère confirmatif d'une disposition reprise telle quelle dans le nouveau code. Nous n'ignorons certes pas votre décision d'assemblée du 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, n°s 01875, 01905, 01948, 01951, p. 370, selon laquelle, mobilisant la théorie des décisions confirmatives, vous avez jugé tardives des conclusions dirigées contre certains articles d'un code pris par voie réglementaire qui se bornaient à reproduire, sous réserves de modifications de pure forme, les dispositions de textes antérieurs<sup>3</sup>.

Sans parler de revirement, nous vous invitons à constater à tout le moins la caducité de cette jurisprudence depuis que la codification s'opère par voie législative.

Il vous revient, au contraire, de permettre un contrôle juridictionnel des textes de codification, ordonnance et décret, qui doivent être conçus conjointement et appréhendés de façon globale, autrement que par la voie de l'exception, afin de vérifier que l'appréciation portée par le codificateur dans la mise en œuvre de cette obligation (vérifier le respect par le droit codifié de la hiérarchie des normes), qu'il intervienne dans le domaine de la loi sur habilitation du législateur ou dans le domaine du règlement.

Ajoutons, et l'argument vaut tout aussi bien pour l'ordonnance que pour le décret, qu'il nous paraît peu opportun, d'un point de vue de bonne administration de la justice, de fermer la seule fenêtre contentieuse, celle du recours direct dans les deux mois suivant la publication de l'ordonnance ou du décret de codification, permettant de purger, par une annulation *erga omnes*, l'ordonnancement juridique d'une illégalité systémique car de portée législative ou réglementaire tirée du non-respect des normes supérieures, pour s'en remettre au mécanisme beaucoup moins puissant, et plus difficilement accessible pour les administrés, de la

---

<sup>3</sup> Vous pourriez même considérer, si vous dissociez l'ordonnance de codification du décret de codification, que l'absence de caractère confirmatif des dispositions reprises à l'identique dans l'ordonnance résulte de l'habilitation donnée au Gouvernement (obligation de vérifier le respect de la hiérarchie des normes et de procéder aux ajustements nécessaires) et en déduire, par voie de conséquence, l'absence de caractère confirmatif des dispositions du décret de codification, pris pour tirer les conséquences d'une « loi nouvelle », au sens de votre jurisprudence CE, 7 décembre 2018, *Société TBF Génie Tissulaire*, n° 410887, T. p. 827.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

déclaration d'illégalité, dans le cadre de litiges nés à l'occasion de l'application des dispositions codifiées.

Potentiellement, la codification – ou recodification s'agissant du CESEDA qui nous occupe aujourd'hui – rouvre donc un débat sur le respect, par les dispositions codifiées, de la Constitution (hypothèse qui, lorsque l'ordonnance portant partie législative du code est contestée par voie d'action, se traite désormais, dès l'expiration du délai de l'habilitation donnée par le législateur, par voie de QPC lorsque sont en cause des droits ou libertés que la Constitution garantit : voir votre décision d'assemblée du 16 décembre 2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n°s 440258, 440289, 440457, au recueil, qui fait suite au revirement du Conseil constitutionnel : 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC ; 3 juillet 2020, n° 2020-851/852 QPC) et des engagements internationaux de la France.

Les requêtes sont donc recevables, même si certains des moyens sont dirigés contre des dispositions reprises à l'identique. L'enjeu de votre contrôle juridictionnel, outre le respect des règles de compétence, de forme et de procédure applicables aux ordonnances de l'article 38 et au décret en Conseil d'Etat, consiste dans ce cadre tout à la fois à vérifier, s'agissant des dispositions relevant du domaine de la loi, que le Gouvernement n'est pas allé au-delà des termes de l'habilitation en procédant à des modifications non autorisées par le législateur, mais aussi, lorsqu'il s'est borné à reprendre sans toucher à leur substance des dispositions préexistantes, qu'elles soient législatives ou réglementaires, qu'il n'a pas omis de corriger des règles contraires à des normes supérieures.

Aucune autre question de recevabilité ne se posant<sup>4</sup>, venons-en l'examen de deux requêtes, qui contestent plusieurs dispositions du CESEDA recodifié.

\*\*\*

L'une est dirigée contre l'ordonnance du 16 décembre 2020 portant partie législative du code, prise en vertu d'une habilitation donnée par l'article 56 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, laquelle a été prorogée par l'article 14 de la loi du 13 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Cette habilitation a expiré le 11 janvier 2021, soit après la publication, le 30 décembre 2020, de l'ordonnance, mais le projet de loi de ratification, été déposé devant l'assemblée nationale le 17 mars 2021, n'a pas encore été voté, ni même discuté, si bien que le recours conserve son objet.

La seconde requête est dirigée contre le décret du même jour portant partie réglementaire de ce code.

---

<sup>4</sup> L'intérêt pour agir de la plupart des dix associations requérantes contre l'ensemble des dispositions de l'ordonnance et du décret, n'est pas douteux. Sans doute l'ARCAT et SOS Hépatite n'ont-elles pas, vu leur objet social relatif à la santé et l'accès au soin, intérêt à contester le tout mais c'est, s'agissant de requêtes collectives, sans incidence.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

\*\*

Les moyens sont nombreux et plusieurs sont délicats.

Nous commencerons par l'ordonnance.

1. Le moyen de légalité externe consistant à soutenir que le texte publié n'est ni le projet initial du Gouvernement, ni le texte adopté par la section de l'intérieur du Conseil d'Etat, n'est pas suffisamment précis pour en tirer quoique ce soit : il appartenait aux requérantes, une fois l'avis de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat produit par le ministre en défense, de pointer les dispositions correspondant à un tiers texte, ce qu'elles n'ont pas cru utile de faire sans pourtant renoncer à leur moyen, que vous ne pourrez par suite qu'écartier.

2. En ce qui concerne la légalité interne de l'ordonnance, le premier objet de la contestation portée par les associations concerne des dispositions figurant au nouveau livre II, qui rassemble toutes les dispositions applicables aux citoyens de l'Union européenne et aux membres de leur famille et qui constitue l'une des principales innovations, en termes de plan, de la recodification du CESEDA.

Les associations pointent, à raison nous semble-t-il, l'incompatibilité des nouveaux articles L. 233-1 et L. 233-2 du code, qui prennent la suite de l'ancien article L. 121-1, avec les dispositions des articles 2, paragraphe 2, sous c) et 7 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui régissent le droit au séjour de plus de trois mois des enfants à charge du citoyen de l'Union européenne dans l'hypothèse où celui-ci a rejoint le territoire d'un autre Etat membre pour y poursuivre des études.

En vertu du c) du paragraphe 1 de l'article 7 de cette directive, tout citoyen de l'Union a le droit de séjourner sur le territoire d'un autre Etat membre pour une durée de plus de trois mois pour y poursuivre des études. Cette hypothèse s'ajoute à deux autres : le cas où le citoyen de l'Union est un travailleur dans l'Etat membre d'accueil (a) ; le cas où il dispose de ressources suffisantes pour subvenir aux besoins de sa famille dans l'Etat d'accueil (b).

En vertu du d) du même paragraphe, ce droit au séjour s'étend en principe à l'ensemble des membres de sa famille tels que définis par l'article 2 paragraphe 2, c'est-à-dire le conjoint, le partenaire lié par un contrat équivalent au mariage, les descendants directs âgés de moins de vingt-et-un ans ou à charge et les descendants directs du conjoint, et enfin les ascendants directs à charge et ceux du conjoint. Cette définition a été fidèlement retranscrite à l'article L. 200-4 du nouveau code.

Le paragraphe 4 du même article 7 de la directive de 2004<sup>5</sup> prévoit toutefois une restriction s'agissant de l'hypothèse qui nous intéresse ici : seul le conjoint, le partenaire et « *les enfants*

---

<sup>5</sup> Qui reprend sans la modifier l'ancienne directive 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit au séjour des étudiants, abrogée en 2004, moins ambiguë.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

à charge » bénéficient du droit de séjour en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union qui remplit les conditions pour un séjour en qualité d'étudiant.

L'ancien article L. 121-1 du code, pris pour la transposition de ces dispositions, reproduisait littéralement la directive, en employant la notion d'« enfant à charge » (5° de l'art. L. 121-1). Dans les nouveaux articles L. 233-1 et 2, qui prennent donc la suite de l'ancien article L. 121-1, l'administration est sortie de l'ambiguïté à son détriment, en remplaçant les mots « *enfants à charge* » par « *descendants directs à charge* ». Cette rédaction, qui ajoute le qualificatif « *direct* », peut être interprétée comme excluant les descendants directs du conjoint, ce que ne conteste pas le ministre en défense, au contraire. Or telle n'est pas la portée de la dérogation ménagée par le paragraphe 4 de l'article 7 de la directive.

Quoique vous ne puissiez pas vous appuyer sur une interprétation de la portée du paragraphe 4 de l'article 7 de la directive 2004/38 qu'aurait donnée la Cour de justice de l'Union, il apparaît clairement que le paragraphe 4 de l'article 7 de la directive vise seulement à exclure les ascendants directs du citoyen de l'Union ou de son partenaire, du droit au séjour dérivé des membres de la famille d'un citoyen de l'Union ayant exercé sa liberté de circulation pour poursuivre des études, ce que conforte d'ailleurs la suite de l'article (en particulier la dernière phrase de l'article, qui renvoie, pour les ascendants directs à charge et à ceux du conjoint ou partenaire, à l'article 3 paragraphe 1), et non les descendants directs du conjoint, qui sont traités par la directive sur le même plan que les descendants directs du citoyen de l'Union. Cette différence de traitement entre ascendants et descendants, propre au droit au séjour dérivé pour les membres de la famille d'un étudiant est en outre cohérente avec la qualité d'étudiant, par comparaison avec les deux autres hypothèses de droit au séjour prévues par la directive donnant un droit au séjour : qualité de travailleur ou ressources suffisantes pour assurer la charge de la famille.

Autant il aurait été possible de vous proposer une interprétation neutralisante de l'ancien article L. 121-1, qui copiait mot pour mot la formule « enfants à charge » qui figure au paragraphe 4 de l'article 7 de la directive, autant la nouvelle rédaction des articles L. 233-1 et 2, qui réservent le droit au séjour « dérivé » aux seuls descendants directs du ressortissant d'un Etat membre accueilli sur le territoire d'un autre Etat de l'Union pour y poursuivre ses études, à l'exclusion des descendants directs à charge du conjoint, rend difficile cet effort qui, sans être hors de portée, ne nous paraît pas souhaitable. Le texte est ambigu et l'interprétation spontanément suggérée par le ministre dans sa défense n'est pas conforme à la directive. L'annulation est, en termes d'intelligibilité du droit, objectif particulièrement prégnant lorsqu'est en cause l'œuvre de codification, l'annulation, qui contraindra le Gouvernement à dissiper l'ambiguïté dans le cadre de la loi de ratification, est préférable à l'interprétation neutralisante.

Nous vous proposons par conséquent d'annuler ces articles en tant qu'ils excluent les descendants directs à charge du conjoint ou du partenaire du droit au séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre.

L'autre moyen concernant ce premier sujet, tiré de la contradiction entre l'article L. 200-4 du nouveau code, qui transpose la définition de « membres de la famille », et l'article L. 236-1,

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

qui reconnaît à l'enfant à charge d'un citoyen de l'Union européenne satisfaisant aux conditions énoncées au 3° de l'article L. 233-1 le droit de se voir délivrer de plein droit un document de circulation pour étranger mineur, n'est en revanche pas fondé.

### 3. La critique suivante est plus délicate.

Les associations portent devant vous un débat dont vous vous êtes approchés lorsque vous avez statué, en novembre 2020, sur les requêtes (émanant pour partie des mêmes associations) tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2018-1159 du 14 décembre 2018 pris pour l'application de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et au traitement de la demande d'asile (CE, 27 novembre 2020, *Association Cimade et autres*, n° 428178, aux tables) : les conséquences du rétablissement temporaire des frontières intérieures au sein de l'espace Schengen, permis par le chapitre II du titre III du code frontières Schengen<sup>6</sup> (code frontières Schengen), et en particulier, la question de la portée de l'article 32 de ce règlement, qui dispose, selon une rédaction dont le caractère approximatif sur un sujet aussi sensible ne peut qu'être déploré, que « *les dispositions pertinentes du titre II [titre consacré aux frontières extérieures] s'appliquent mutatis mutandi* ».

L'ancien article L. 213-3-1 du code, issu de la loi de 2018, prévoyait que, dans le cadre du rétablissement temporaire des frontières intérieures, l'étranger en provenance directe d'un Etat partie à l'accord Schengen qui a pénétré sur le territoire métropolitain sans y être autorisé et a été contrôlé dans une zone comprise entre cette frontière et une ligne tracée à 10 km en deçà pouvait faire l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire, ce qui revenait à exclure l'application à ces étrangers de la procédure prévue par la directive du 16 décembre 2008 dite « retour »<sup>7</sup>, laquelle inclut notamment un recours suspensif (art. 13) et un encadrement strict des possibilités de placement en rétention (art. 15).

Par votre décision du 27 novembre 2020, quelque peu contraints par l'arrêt *Arib et. a.* du 19 mars 2019 (C-444/17) rendu par la grande chambre de la Cour de justice de l'Union, vous avez en effet déclaré incompatible avec les objectifs de la directive « retour » l'ancien article L. 213-1-1, en ce qu'il permettait, lorsque le contrôle aux frontières intérieures a été temporairement rétabli, d'opposer un refus d'entrée à un étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre et qui est intercepté à proximité de la frontière<sup>8</sup>.

C'est donc logiquement que cette faculté, in conventionnelle, n'a pas été reprise dans le nouveau code.

---

<sup>6</sup> Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes.

<sup>7</sup> Directive 2008/115/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

<sup>8</sup> Vous avez annulé, par voie de conséquence, l'ancien article R. 213-1-1 du code.

Dans le cadre de la recodification, le Gouvernement a toutefois fait apparaître une nouvelle hypothèse, qui figure à la dernière phrase du nouvel article L. 332-3 et qui est contestée par les associations : le cas d'un refus d'entrée opposé à l'issue des vérifications effectuées à un point de passage frontalier en cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures.

Il est vrai que deux cas doivent être distingués. Le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive dite « retour » autorise les Etats membres à ne pas l'appliquer aux ressortissants de pays tiers dans deux hypothèses :

- l'étranger faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontière Schengen, c'est-à-dire dans le cadre d'une mission de surveillance des frontières extérieures, par des unités fixes ou mobiles ;
- l'étranger arrêté ou intercepté à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure, alors qu'il a déjà franchi la frontière et pénétré sur le territoire.

Votre décision du 27 novembre 2020 se borne à invalider, au regard de l'interprétation donnée par la Cour de justice dans l'arrêt *Arib*, la possibilité pour un Etat membre de se prévaloir de la dérogation à l'application de la directive « retour » en cas du rétablissement temporaire des frontières intérieures, uniquement dans la seconde de ces deux hypothèses : celle de la bande des 10 km en aval du franchissement irrégulier de la frontière. L'autorité de la chose jugée par votre précédente décision, qui annule pour excès de pouvoir les dispositions réglementaires d'application, n'a donc pas été méconnue.

Le cas du ressortissant d'un pays tiers dont on constate, au moment de franchir une frontière intérieure à laquelle le contrôle a été temporairement rétabli, qu'il ne satisfait pas les conditions d'entrée prévues par l'article 6 du code frontière Schengen, premier cas énoncé au a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive retour est, dans votre jurisprudence, inédit.

Il nous semble que c'est également le cas dans jurisprudence de la Cour de justice de l'Union, ce qui justifie que vous la saisissiez à titre préjudiciel.

Le dispositif de l'arrêt de grande chambre *Arib* ne traite en effet que de la situation « *d'un ressortissant de pays tiers, arrêté à proximité immédiate d'une frontière intérieure et en séjour irrégulier sur le territoire d'un Etat membre* », même lorsque cet Etat membre a réintroduit, en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen, le contrôle à cette frontière, en raison d'une menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure dudit Etat membre.

Si nous nous référons aux trois critères récemment réaffirmés par la grande chambre de la Cour le 6 octobre 2021, 39 ans jours pour jour<sup>9</sup> après l'arrêt *Cilfit*<sup>10</sup>, pour déterminer les cas dans lesquels les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont tenues de saisir la Cour de justice, on ne peut considérer que « *la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'interprétation de la part de la Cour* ».

<sup>9</sup> CJUE, GC, 6 octobre 2021, *Conorzio Italian Management et Catania Multiservizi*, aff. C-561/19.

<sup>10</sup> CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit*, aff. C-283/81.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Alors que la question préjudicielle posée par la Cour de cassation qui a donné lieu à l'arrêt *Arib* pouvait être comprise comme visant la combinaison des deux cas mentionnés au a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive retour avec l'article 32 du code frontières Schengen, la Cour l'a expressément interprétée comme ne visant que le cas de l'étranger arrêté à proximité immédiate de la frontière (voir notamment le point 36 de l'arrêt, qui souligne que M. Arib n'a pas fait l'objet d'un refus d'entrée mais a été contrôlé à proximité immédiate de la frontière, ou encore le point 43). Le dispositif de son arrêt ne mentionne d'ailleurs que cette hypothèse. Le cas d'un étranger qui se présente à un point de passage frontalier autorisé sans remplir les conditions d'entrée n'a donc, à nos yeux, pas été expressément tranché.

Et il nous semble qu'on ne peut estimer que « *l'interprétation du droit de l'Union en cause s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable* », et ce pour au moins trois raisons.

La première tient au décalage que nous avons signalé entre le dispositif de l'arrêt *Arib*, ciblé sur l'interception à proximité de la frontière d'un étranger ayant irrégulièrement pénétré sur le territoire, et certains de ses motifs, de portée plus globale, tels que l'affirmation selon laquelle « *une frontière intérieure sur laquelle des contrôles ont été réintroduits par un État membre en vertu de l'article 25 dudit code n'équivaut pas à une frontière extérieure* » (points 61 et 62 de l'arrêt), qui ne permet pas de prévoir de façon certaine quelle pourrait être l'interprétation de la Cour dans la seconde hypothèse énoncée au a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive retour.

La deuxième tient à la différence de situation, au regard de la directive retour qui concerne l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, entre l'étranger intercepté alors qu'il se trouve déjà sur le territoire national après avoir franchi irrégulièrement une frontière et celui qui se présente à un point de passage autorisé, fixe ou mobile, et dont il apparaît, à l'issue des vérifications, qu'il ne remplit pas les conditions pour pénétrer sur le territoire. Cette différence de situation pourrait justifier une différence de traitement dans la réponse de la Cour de justice.

La troisième et dernière raison repose sur des considérations d'opportunité, qui ont, pas plus mais pas moins que d'autres considérations, toute leur place dans le dialogue que vous pratiquez avec la Cour de justice de l'Union. Si le contrôle aux frontières a été réintroduit en 2015 au vu du niveau élevé de la menace terroriste, d'autres impératifs ont depuis justifié le prolongement de la mesure : la lutte contre la propagation de l'épidémie mondiale de covid-19 mais aussi la crise migratoire systémique qu'a connue l'Europe. Dans ce cadre, environ 300 000 personnes n'ont été non-admises aux frontières françaises depuis novembre 2015, première période de rétablissement du contrôle aux frontières intérieures françaises. Nous nous interrogeons sur l'intérêt, pour les Etats, de réintroduire le contrôle à leurs frontières si aucune conséquence en termes de refus d'entrée sur le territoire ne peut être tirée des opérations de vérification opérées par les gardes-frontières dans ce cadre. Nous constatons d'ailleurs que la Commission européenne a publié le 14 décembre dernier une proposition tendant à amender le règlement portant code frontière Schengen (voir notamment l'article 23a) et l'article 6 de la directive retour, en prévoyant explicitement la possibilité pour les Etats

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

d'opposer aux étrangers interpellés à proximité des frontières d'opposer un refus d'entrée (proposition qui, si elle était adoptée, rendrait caduc l'arrêt *Arib*).

L'interprétation maximaliste qui pourrait être déduite du caractère très général de certains motifs de l'arrêt *Arib* et de certains passages des conclusions de l'avocat général conduirait à décorrélérer complètement la possibilité de mettre en place une surveillance aux frontières intérieures – points de passage autorisés fixes et patrouilles mobiles – et les conséquences juridiques de ces contrôles, qui resteraient appréhendées en termes de séjour irrégulier sur l'espace Schengen et non en terme d'entrée non autorisée sur le territoire d'un Etat donné. Nous n'y souscrivons pas. Elle ne nous paraît pas impliquée par l'article 32 du code frontière, particulièrement imprécis, et trop en décalage avec la fonction concrète jouée par le rétablissement du contrôle aux frontières intérieures dans un contexte, notamment, de crise migratoire systémique, au point que la question est inscrite à l'agenda de la présidence française de l'Union européenne au premier semestre 2022. La Cour de justice pourrait le dire sans se déjuger, puisque le dispositif de son arrêt *Arib* ne porte que sur l'hypothèse d'un migrant déjà sur le territoire d'un Etat membre et intercepté à la frontière, et non sur les conséquences à tirer des vérifications opérées à un point de passage autorisé.

C'est donc une question préjudicielle que nous vous invitons à poser à la Cour de justice sur ce point, dans le cadre d'un dialogue des juges où il revient aux juridictions nationales, juges de droit commun du droit de l'Union, non seulement de faire remonter à la Cour les difficultés d'interprétation des textes européens, mais aussi de lui présenter les impasses dans lesquelles le maximalisme juridique pourrait enserrer les Etats, dans un contexte dommageable de défiance de l'opinion publique vis-à-vis de la construction européenne.

4. La question suivante, relative au droit au séjour en cas de violences familiales ou conjugales, vous occupera moins longtemps.

Il s'agit seulement de rassurer les requérantes sur la portée de la réécriture de l'ancien article L. 313-12 du code, dont le contenu a été redistribué dans plusieurs articles dans le nouveau code, notamment l'article L. 423-5, relatif au titre de séjour délivré à l'étranger conjoint de français : la recodification a bien été faite à droit constant, c'est-à-dire que le Gouvernement n'est pas revenu, ce que auriez, peut-être<sup>11</sup> regardé comme une violation systémique des articles 3 et 8 de la conv. EDH, sur le fait que l'autorité administrative ne peut refuser au conjoint d'un français le renouvellement de son titre de séjour au motif que la vie commune a été rompue, lorsque cette rupture est imputable à des violences conjugales ou familiales.

5. Sont ensuite contestées les conditions dans lesquelles les demandeurs d'asile peuvent se maintenir sur le territoire pendant l'examen de leur demande. La critique des associations, initialement indéterminée, a été précisée dans la réplique.

Elle est finalement, au terme de l'instruction contradictoire que vous avez menée, extrêmement ciblée : nous la comprenons comme contestant exclusivement, au regard de

---

<sup>11</sup> Violation plus difficile à établir dans le cadre d'un contrôle in abstracto des dispositions du cesda avec les articles 3 et 8 de la conv EDH.

l'article 41 de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, la possibilité pour le préfet chargé de l'enregistrement de la demande d'asile, prévue par le nouvel article L. 521-7 qui renvoie au c) du 2° de l'article L. 542-2 du code, de ne pas délivrer d'attestation de demandeur d'asile, qui vaut autorisation provisoire de séjour, à l'étranger qui présente une nouvelle demande de réexamen après le rejet définitif d'une première demande de réexamen, sans avis préalable de « *l'autorité responsable de la détermination* » (c'est-à-dire en France l'OFPRA, en vertu du f) de l'article 2) sur le risque, en cas de décision de retour, « *de refoulement direct ou indirect en violation des obligations internationales et à l'égard de l'Union incombant à cet Etat membre* ».

Nous avouons une certaine forme de perplexité, que nos recherches n'ont pas dissipée, quant à la portée de cette condition, à la fois procédurale et de fond.

Il est évidemment fait référence, par ces dispositions, au respect du principe de non-refoulement, qui exige que nul ne soit renvoyé là où il risque d'être à nouveau persécuté ou de subir un traitement inhumain ou dégradant. Le respect de ce principe est bien pris en compte dans les textes de transposition, puisqu'il y est fait directement écho à la fin de l'article L. 542-2, où il est rappelé que ses dispositions s'appliquent « *sous réserve du respect des stipulations de l'article 33 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

D'un point de vue procédural, nous ne voyons pas, matériellement, comment au stade, préalable à toute instruction, du simple enregistrement de la demande de réexamen par le préfet et de délivrance ou non d'une attestation, l'OFPRA, qui n'a pas encore été saisi, pourrait être en mesure de donner un avis sur les conditions de retour dans le pays d'origine.

L'article 41 de la directive, dont il est soutenu qu'il est méconnu par les articles L. 521-7 et L. 542-2 issus de l'ordonnance attaquée, porte uniquement sur le droit de rester sur le territoire. Mais la condition qu'il énonce se vérifie au moment où, dans un dossier donné, une décision d'éloignement sera éventuellement prise. Or en tant que tels, ni l'article L. 521-7 du nouveau code, sur la délivrance des attestations de demandeur d'asile, ni l'article L. 542-2, sur le droit au séjour, ne sont assimilables à une décision d'éloignement.

Contrairement aux requérantes, nous ne lisons pas l'article 41 de la directive 2013/32 comme impliquant un avis préalable de l'OFPRA sur la décision du préfet de ne pas délivrer une attestation de demandeur d'asile, qui n'est pas assimilable à une décision de retour.

En revanche, cette condition, prise à la lettre, implique, nous semble-t-il, que l'étranger qui a introduit une nouvelle demande de réexamen après le rejet définitif d'une première demande ne puisse être éloigné avant la décision de l'OFPRA, qui devra non seulement apprécier le bien-fondé cette deuxième demande de réexamen mais aussi le risque de refoulement direct ou indirect. C'est là la seule interprétation de la condition énoncée 41 de la directive 2013/32 qui nous paraît possible sans remettre en cause le partage institué en France entre l'autorité préfectorale, compétente pour enregistrer la demande, délivrer le cas échéant l'attestation de

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

demandeur et prendre une décision de retour et l'OFPRA, compétente pour se prononcer sur la demande d'asile.

Sous cette réserve, le c) du 2° de l'article L. 542-55 ne nous paraît pas méconnaître la directive 2013/32/UE.

6. Sont également critiquées les dispositions du nouvel article L. 542-6 du code (et non L. 543-6 comme indiqué la requête), selon lequel lorsque le droit au maintien sur le territoire a pris fin en application du b, c ou d du 1° de l'article L. 542-2, l'étranger peut demander la suspension de l'exécution de la décision d'éloignement.

Selon les requérantes, cette disposition serait insuffisante pour assurer, conformément à l'article 46 de la directive, le droit à un recours effectif dans l'ensemble des situations où le maintien sur le territoire n'est pas garanti, en tant qu'elles excluent la possibilité de demander la suspension de l'exécution de la décision d'éloignement dans les hypothèses où la demande est rejetée par l'OFPRA dans les situations visées au a) et au e) du 1° de l'article L. 542-2.

Ces deux hypothèses sont les suivantes :

- a) du 1° de l'article L. 542-2 : cas où le demandeur d'une protection internationale voit sa demande déclarée irrecevable sur le fondement du 1° et 2° de l'article L. 531-32 (demandeur bénéficiant d'une protection effective au titre de l'asile dans un autre Etat membre ou demandeur bénéficiant du statut de réfugié ou d'une protection effective dans un Etat tiers dans lequel il est effectivement réadmissible), ce qui peut déboucher sur une décision de remise ;
- e) du 1° de l'article L. 542-2 : le cas où le demandeur a fait l'objet d'une décision de clôture prise sur le fondement du nouvel article L. 531-37, lorsque, sans motif légitime, il n'a pas introduit sa demande auprès de l'office et qui n'obtient pas la réouverture de son dossier.

Il est vrai que ces deux hypothèses ne sont pas mentionnées à l'article L. 542-6 du code. Elles correspondent l'une et l'autre à des cas, visés au paragraphe 6 de l'article 46 de la directive 2013/32, dans lesquels le droit au maintien du demandeur sur le territoire n'est pas garanti de plein droit lors de l'exercice d'un recours mais doit être apprécié par une juridiction.

Un recours tendant à obtenir la suspension de l'exécution de la mesure d'éloignement est-il, de ce seul fait, interdit par l'article L. 542-2, comme le soutiennent les requérantes ?

Cela ne résulte pas des textes, dès lors que l'on prend en compte le nouvel article L. 753-7 du CESEDA, qui offre la possibilité au demandeur, dans les 48 h suivant la notification d'une décision de rejet ou d'irrecevabilité prise par l'OFPRA, de demander au président du TA de suspendre l'exécution de l'éloignement jusqu'à l'expiration du délai de recours devant la CNDA, et dont le champ d'application est autonome de l'article L. 542-6. En l'absence de précision à cet article L. 753-7 du code cantonnant sa portée, il nous paraît pouvoir inclure potentiellement dans son champ les hypothèses mentionnées au a) et au e) du 1° de l'article

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

L. 542-2, y compris dans le cas où la mesure d'éloignement a été prise antérieurement à la décision de l'OFPRA.

Mais cette interprétation large du champ d'application de l'article L. 753-7 du CESEDA nous paraît uniquement nécessaire pour le cas prévu au a) du 1° de l'article L. 542-2, c'est-à-dire le cas où l'OFPRA fonde sa décision d'irrecevabilité sur le fait que l'intéressé bénéficie déjà d'une protection effective dans un autre Etat. Car l'autre hypothèse – l'absence de réouverture d'un dossier clos (cas prévu au e) du 1° de l'article L. 542-2) que l'étranger peut d'ailleurs contester dans les conditions mentionnées à l'article L. 531-40 – ne correspond pas à une décision d'éloignement matérialisant la fin du droit au maintien sur le territoire. Nous estimons par conséquent qu'elle est hors du champ de la garantie instituée par l'article 46 de la directive.

7. La critique suivante, qui porte sur les cas de refus ou de suspension de tout ou partie des conditions matérielles d'accueil, vous rappellera des souvenirs.

Vous avez en effet, par une décision du 31 juillet 2019 (*Association la Cimade et autres*, n°s 428530 et 428564, au recueil), annulé pour excès de pouvoir les 12° et 14° de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2018-1359 du 28 décembre 2018, pris pour l'application des anciens articles L. 744-7 et 8 dans leur rédaction issue de la loi de 2018, au motif que la création de cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil sans appréciation des circonstances particulières et l'exclusion, en cas de retrait, de toute possibilité de rétablissement de ces conditions, étaient incompatibles avec les objectifs poursuivis par la directive 2013/33/UE du 26 juin 2013, en particulier son article 20 (intitulé « Limitation ou retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil »).

Votre décision avait pris le soin d'indiquer au Gouvernement comment exécuter cette annulation dans l'attente de nouvelles dispositions, en détaillant à quelles conditions et selon quelles modalités l'office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) pouvait, dans le respect des objectifs énoncés par la directive 2013/33/UE, refuser le bénéfice des conditions matérielles d'accueil ou en suspendre le bénéfice, et en indiquant que, dans l'hypothèse où le bénéfice des conditions matérielles d'accueil aurait été suspendu, le bénéficiaire pouvait en demander le rétablissement.

Les requérantes soutiennent aujourd'hui que le codificateur a incomplètement tiré les conséquences de cette déclaration d'illégalité au moment de rédiger le nouvel article L. 551-15, qui définit les cas dans lesquels les conditions matérielles d'accueil peuvent être refusées, partiellement ou totalement, ainsi que les 5° et 6° de l'article L. 551-16, qui prévoient respectivement la possibilité de mettre fin, partiellement ou totalement aux conditions matérielles d'accueil, dans le cas où l'intéressé a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale (5°) et a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes (6°).

Nous ne nous attarderons pas sur ces critiques.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Une partie de la contestation est déjà tranchée par votre précédent, qu'il vous suffira de reproduire. Vous avez ainsi déjà admis que le refus initial d'accorder les conditions matérielles d'accueil puisse être opposé sans contradictoire préalable, c'est-à-dire sans discussion sur une offre d'hébergement préalablement soumise au demandeur, à la différence de la décision de suspension ou de retrait. Cette solution, qu'il vous suffira de rappeler, se comprend aisément : dans un cas, il s'agit du refus opposé à une demande ; dans l'autre, il s'agit de revenir sur une décision favorable, à l'initiative de l'office.

Dans un deuxième volet de leur argumentation, les requérantes contestent la faculté ouverte par les articles L. 551-15 et L. 551-16 de refuser ou suspendre totalement, et non seulement partiellement, le bénéfice des conditions matérielles d'accueil, ce qui placerait les intéressés dans des situations contraires à l'article 3 de la conv. EDH (CEDH, 2 juillet 2020, *N. H. et autres c/ France*, n° 28820/13) ou dans un état contraire à la dignité et méconnaîtrait l'article 20 de la directive 2013/33/UE, tel qu'interprété par la Cour de justice dans son arrêt *Haqbin* du 12 novembre 2019 (GC, aff. C-233/18), déclarant incompatible avec cette directive une sanction consistant à retirer à un mineur isolé violent ayant manqué gravement au règlement d'un centre d'hébergement l'entier bénéfice des conditions matérielles d'accueil, privant ce faisant le demandeur de la possibilité de faire face à ses besoins les plus élémentaires.

Contrairement à ce qui est soutenu, l'article 20 de la directive n'exclut pas qu'un demandeur puisse être totalement privé du bénéfice des conditions matérielles d'accueil. Il l'admet au contraire « *dans des cas exceptionnels et dûment justifiés* ». De la même manière, le texte français de transposition n'implique pas, par lui-même et de façon automatique, que les demandeurs soient automatiquement privés de l'intégralité des conditions matérielles d'accueil : une appréciation au cas par cas, prenant en compte non seulement le motif de la décision mais aussi de la vulnérabilité du demandeur devra être faite, sous le contrôle du juge.

Il est encore soutenu que les hypothèses de retrait des conditions matérielles d'accueil visées au 5° (cas où le demandeur a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale) et 6° de l'article L. 511-16 (cas où le demandeur a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes) ne sont pas prévues par la directive, qui se borne à traiter le cas, au paragraphe 3 de l'article 20, du demandeur qui a dissimulé ses ressources financières (hypothèse directement visée par le 4° de l'article L. 511-16) et indûment bénéficié de conditions matérielles d'accueil.

Nous ne sommes pas convaincue du bien-fondé de cette critique. Nous rappelons que, quoique rédigée comme un règlement, c'est d'une directive dont il est question. Or tant le 5° que le 6° de l'article L. 511-16 décrivent des cas dans lesquels les conditions matérielles d'accueil ont été indûment perçues en raison de dissimulation ou de fraude de la part du demandeur. Ces dispositions ne contrarient par conséquent nullement les objectifs poursuivis par la directive.

Enfin, le fait que soient exclus de la possibilité de solliciter le rétablissement des conditions matérielles d'accueil les cas dans lesquels ces prestations ont été indûment versées n'a rien de très logique et ne contrarie, là encore, nullement les objectifs poursuivis par l'article 20 de la directive.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

8. Le dernier moyen dirigé contre l'ordonnance portant partie législative du code concerne les conditions relatives à l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile sous le coup d'une procédure de transfert régie par le règlement Dublin.

Il prend notamment appui sur un arrêt de la Cour de justice de l'Union rendu postérieurement à l'édition de l'ordonnance, le 14 janvier 2021, interprétant l'article 15 de la directive 2013/33 dite « Accueil » : *KS et MHK*, aff. C-322/19 et C-385/19.

En vertu du nouvel article L. 554-1 du code, qui prend la suite de l'article L. 744-11, l'accès au marché du travail peut être autorisé lorsque l'OFPRA, pour des raisons qui ne sont pas imputables au demandeur, n'a pas statué sur la demande d'asile dans un délai de six mois à compter de l'introduction de sa demande.

Le délai maximal de neuf mois fixé à compter de la date d'introduction de la demande de protection internationale, fixé par l'article 15 de la directive 2013/33, au terme duquel les demandeurs doivent avoir accès au marché du travail est donc largement respecté.

La requête reproche toutefois au Gouvernement de ne pas avoir prévu le cas particulier des demandeurs d'asile dits « Dublinés », dont la demande d'asile n'est pas instruite par l'OFPRA sauf échec de la procédure de remise à l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile, à l'issue d'un délai bien supérieur aux neuf mois de l'article 15 de la directive.

Il est vrai que par l'arrêt cité par la requête, la Cour de justice de l'Union a jugé que ne peuvent être exclues du droit d'accéder au marché du travail les personnes dont la demande a été transférée vers un autre Etat membre en application du règlement Dublin III. Or en tant qu'il fait référence à une décision de l'OFPRA, l'article L. 554-1 exclut *de facto* les demandeurs faisant l'objet d'une procédure de transfert, dont la demande ne relève pas de la compétence de l'OPFRA mais qui n'en sont pas moins demandeurs.

Vous n'avez d'autre choix, pour tirer les conséquences de cet arrêt, que d'annuler l'article L. 554-1 en tant qu'il a pour effet d'exclure l'accès au travail des demandeurs dits « dublinés », qui ne peuvent pas avoir de décision de l'OFPRA.

Les deux autres critiques s'écarteront facilement.

La circonstance que puissent être constatés des retards dans l'enregistrement des demandes d'asile, dans certains endroits du territoire et durant certaines périodes, est sans incidence sur la compatibilité *in abstracto* des dispositions litigieuses à l'article 15 de la directive 2013/33/UE.

D'autre part, le fait que l'article L. 554-3 du code subordonne l'accès au travail des demandeurs d'asile, comme de tous les travailleurs étrangers, à une autorisation n'a pas pour effet de rendre ineffectif le droit reconnu aux demandeurs d'asile par l'article 15 de la directive.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Sous réserve de la question préjudicielle, qui implique de surseoir à statuer sur les conclusions dirigées contre l'article L. 332-3 du code, et de deux annulations très ciblées (annulation des articles L. 233-1 et L. 233-2, en tant qu'ils excluent les descendants directs à charge du conjoint ou du partenaire du droit au séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre / annulation de l'article L. 554-1 du CESEDA en tant qu'il a pour effet d'exclure l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile faisant l'objet d'une décision de transfert en application du règlement (UE) n° 604/2013), les conclusions pourront être rejetée, sans qu'il y a lieu de faire droit aux conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code.

10. Doivent à présent être examinés les moyens, tout aussi nombreux soulevés contre le décret mais moins délicats : la plupart sont des exceptions d'inconventionnalité d'articles en L, qui auraient pu être critiqués dans la première requête et ne l'ont pas été, dont l'opérance, au vu des critères issus de votre jurisprudence *SODEMEL*<sup>12</sup>, est pour le moins sujette à caution.

(Nous ne revenons pas sur le moyen de légalité externe, qui présente les mêmes faiblesses que celui dirigé contre l'ordonnance).

11. Le moyen suivant, relatif à l'accès au marché du travail et à l'assurance maladie de certaines catégories d'étrangers, ne vous retiendra pas.

Selon les requérantes, le décret aurait méconnu les nouveaux articles L. 423-22 (ancien 2 bis de l'article L. 313-11 : carte de séjour « vie privée et familiale » délivrée à l'étranger âgé de seize à dix-huit ans confié à l'aide sociale à l'enfance (ASE) déclarant vouloir exercer une activité professionnelle) et L. 435-3 du code (ancien article L. 313-15 : carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » ou « travailleurs temporaire » délivrée à titre exceptionnel à l'étranger confié à l'ASE entre ses seize et dix-ans justifiant d'une formation qualifiante) en ne les mentionnant pas à l'article R. 431-14 (ancien article R. 311-6), article qui dresse la liste des situations dans lesquelles le titulaire du récépissé d'une demande de première délivrance de titre de séjour est autorisé à exercer une activité professionnelle. Les articles 12 et 14 du décret attaqué, qui modifient le code du travail et le code de la sécurité sociale, seraient entachés de la même erreur.

Le moyen, en tant qu'il conteste l'absence de mention, à l'article R. 431-14, des étrangers régis par l'article L. 423-22, ne peut qu'être écarté. Par un décret rectificatif publié le 24 avril 2021 au Journal officiel, soit après la publication du décret attaqué mais avant son entrée en vigueur fixée au 1<sup>er</sup> mai 2021, la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » prévue à l'article L. 423-22 a été ajoutée au 3<sup>o</sup> de l'article R. 431-14. La disposition litigieuse a ainsi été corrigée avant même être entrée en vigueur, ce qui prive d'objet la critique.

---

<sup>12</sup> CE, Section, 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire Sodemel et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n°s 320735 320854, p. 346 ; CE, Section, 30 décembre 2013, *Mme O...*, n° 367615, p. 342

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

En tant qu'il conteste l'absence de mention, à l'article R. 431-14, des étrangers régis par l'article L. 435-3, à qui une carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire », peut être délivrée « à titre exceptionnel » sous réserve du respect de certaines conditions, le moyen nous paraît devoir être écarté même si nous estimons que Gouvernement eût été mieux avisé, pour l'intelligibilité et l'accessibilité du droit, d'écrire en plein ce qui résulte en creux de la combinaison du code du travail et du cesda, tels qu'interprétés par votre jurisprudence.

Le 1° de l'article R. 431-14, qui reprend le 1° de l'article R. 311-6 auquel il succède, prévoit que le titulaire du récépissé de demande de première délivrance de la carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » et de la carte de séjour temporaire portant la mention « travailleur temporaire » est autorisé à exercer une activité professionnelle, dès lors que son titulaire satisfait aux conditions mentionnées à l'article L. 5221-2 du code du travail, c'est-à-dire dès lors qu'il est titulaire d'une autorisation de travail.

Or vous avez jugé, par une décision du 27 mai 2020, *Ministre de l'intérieur c/ Diallo*, n° 436984, aux tables sur ce point, en vous appuyant sur le code du travail lui-même (art. L. 5221-5) que dès lors qu'une telle autorisation est accordée de plein droit à l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation à durée déterminée, la condition du respect de l'article L. 5221-2 du code du travail, énoncée au 1° de l'article R. 311-6, n'était pas opposable à un étranger admis à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize et l'âge de dix-huit ans, qui satisfait aux conditions de séjour définies par l'article L. 313-15, devenu L. 435-3, et justifie qu'il dispose d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation ou que la conclusion d'un tel contrat lui a été proposée. Si les articles ont été renumérotés, la recodification n'a rien changé sur le fond.

En tant que le moyen vise les articles 12 et 14 du décret attaqué, qui modifient le code du travail et le code de la sécurité sociale, la critique n'est pas suffisamment précise pour en tirer quoique ce soit.

12. Les associations requérantes reviennent, dans le cadre de leur recours contre le décret, sur l'inconventionnalité, déjà développée contre l'ordonnance, de l'application du régime du refus d'entrée en cas de rétablissement temporaires des contrôles aux frontières intérieures, en visant cette fois-ci l'article R. 332-1 du nouveau code.

Mais dans la mesure où cet article a pour seul objet de désigner quelle est l'autorité administrative compétente pour opposer un refus d'entrée à un étranger sur le fondement de l'article L. 332-2, il n'offre aucune prise à cette critique d'inconventionnalité par la voie de l'exception, qui pourra être écartée comme inopérante.

13. Sont ensuite visés, par deux moyens distincts, chacun des deux alinéas de l'article R. 343-18 du code, selon lequel « *L'accès des associations à la zone d'attente ne doit pas entraver le fonctionnement de cette dernière et les activités qu'y exercent les services de l'Etat, les entreprises de transport et les exploitants d'infrastructures. / Il s'exerce dans le respect des opinions politiques, philosophiques ou religieuses des étrangers maintenus* ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Aucun n'est fondé.

Le premier, parce que les dispositions critiquées sont trop générales pour lui offrir une prise. Le second, parce qu'il procède d'un contresens dans l'interprétation du décret.

Il est soutenu, à propos du premier alinéa, qu'il méconnaîtrait le point 2 de l'article 8 de la directive 2013/33/UE, selon lequel les Etats membres veillent à ce que les organisations et personnes qui fournissent des conseils aux demandeurs puissent accéder « *effectivement* » aux zones d'attente, tout en autorisant des restrictions d'accès lorsqu'elles sont « *objectivement nécessaires à la sécurité, l'ordre public ou la gestion administrative des points de passage, pour autant que ledit accès n'en soit pas alors considérablement restreint ou rendu impossible* ». Serait également méconnu le principe constitutionnel de fraternité, dont découle la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire (CC, décision n° 2018-717-718 QPC du 6 juillet 2018 ; décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018).

Mais les dispositions critiquées n'ont pas, par elles-mêmes, une telle portée. Il appartiendra aux autorités administratives, sous le contrôle du juge, de veiller à proportionnalité des restrictions d'accès opposées aux associations dans les zones d'attentes sur le fondement de ces dispositions.

En ce qui concerne le second alinéa de l'article R. 343-18, sa portée nous paraît reconnaitive de principes supérieurs difficilement contestables : le respect d'autrui et de sa liberté de conscience. Nous sommes étonnées que des associations comme les requérantes contestent devoir s'y soumettre.

14. En vertu de l'article L. 425-1 du code, l'étranger victime de traite des êtres humains ou de proxénétisme ou engagé dans un parcours de sortie de la prostitution peut se voir délivrer, à condition, d'une part, d'avoir déposé une plainte contre l'auteur des faits commis à son encontre ou d'avoir témoigné contre lui dans une procédure pénale, d'autre part, d'avoir rompu tout lien avec cette personne, une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » d'une durée d'un an.

L'article R. 425-5, pris pour l'application de ces dispositions, ne prévoit pas le renouvellement du titre de séjour pendant toute la durée de la procédure pénale, contrairement à l'article R. 316-5 auquel il succède. Et pour cause : cette garantie figure désormais au niveau législatif. On ne voit pas comment les associations pourraient être fondées à s'en plaindre.

15. Viennent ensuite des critiques assez confuses sur le traitement des demandes d'asile en procédure accélérée, encadré par les nouveaux articles R. 531-23 à R. 531-29 du code.

Il est soutenu en premier lieu que le champ d'application de la procédure accélérée a été subrepticement élargi à l'occasion de la recodification. La critique porte, par voie d'exception, sur les articles L. 531-24 à L. 531-27 qui déterminent les différents cas dans lesquels les demandes d'asile peuvent être examinées selon une procédure dite « accélérée », plus

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

particulièrement sur le cas de demande d'asile formulées alors que l'étranger est placé en rétention, sans que les requérantes n'indiquent précisément, par comparaison avec le droit antérieurement en vigueur, quelles seraient les nouveautés. Nous avons comparé les deux versions du code sans trouver aucune différence autre que de formulation. Le moyen ne peut qu'être écarté.

Les associations contestent ensuite le principe même du recours à la procédure accélérée, faisant valoir deux types d'argumentations.

Vous avez déjà rencontré la première, contestant le caractère effectif de la protection du droit d'asile lorsque la demande est instruite en procédure accélérée, notamment lorsque vous avez statué sur la liste des pays d'origine sûrs, qui constitue l'un des cas dans lesquels il peut être recouru à une telle procédure. Vous aviez alors jugé, marchant d'ailleurs dans les pas du Conseil constitutionnel, que la substance du droit d'asile n'était pas affectée<sup>13</sup> dès lors que l'application d'une procédure prioritaire « *ne saurait exempter l'administration de procéder à une examen individuel de chaque dossier* ». Ajoutons au surplus que l'office, comme la CNDA lorsqu'elle est saisie d'un recours, peuvent toujours ré-aiguiller un dossier de la procédure accélérée vers la procédure de droit commun. La réplique, dénonçant, chiffres à l'appui, un recours automatique et excessif à la procédure accélérée, ne permet pas de considérer que les cas dans lesquels il y est recouru, énoncés aux articles L. 531-24 à 27 et qui correspondent à ceux énumérés au point 8 de l'article 31 de la directive 2013/33/UE, seraient incompatibles avec les objectifs de cette directive. La circonstance, invoquée par les requérantes, que le juge du référé-liberté ne puisse être saisi d'un recours visant à contester le placement d'une demande d'asile en procédure accélérée et non en procédure normale (par exemple : CE, ord. du 25 août 2020, n° 442705) n'y change rien.

L'autre argumentation dénonce une confusion des rôles entre l'OFPRA, autorité responsable de la détermination et le préfet, autorité administrative chargée de l'enregistrement de la demande d'asile. Elle est fondée sur une interprétation erronée des textes. Si l'article L. 531-27 du code prévoit bien que l'OFPRA statue, dans certains cas qu'il énumère, en procédure accélérée « à la demande de l'autorité administrative chargée de l'enregistrement de la demande d'asile », cette demande n'implique ni que l'OFPRA soit empêché d'exercer ce qui, en vertu de l'article 4 de la directive 2013/33/UE, relève de sa seule compétence – c'est-à-dire apprécier le bien-fondé de la demande – ni que l'OPFRA soit lié par la demande du préfet.

16. Les requérantes reviennent également, à l'occasion de la contestation du décret de codification, sur les conditions dans lesquelles le bénéficiaire des conditions matérielles d'accueil peut être refusé ou retiré. Si les articles R. 551-5, R. 551-21 et D. 551-17 sont visés, ce sont en réalité les articles L. 551-15 et L. 551-16, dont vous avez déjà examiné la conventionalité et le respect de l'autorité de la chose jugée par vous, que les requérantes

---

<sup>13</sup> Voir la décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 sur la loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, qui introduisait ces notions en droit français et la jurisprudence du Conseil d'Etat, notamment la décision rendue sur la 1ère liste : Conseil d'Etat, 5 avril 2006, GISTI et a., n° 284706, p. 186.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

cherchent à atteindre, par la voie d'une exception d'illégalité dont l'opérance est plus que douteuse. Nous ne nous y attarderons pas.

17. La critique suivante est dirigée contre l'article R. 721-2, qui détermine quelle est l'autorité compétente – préfet de département et à Paris, préfet de police – pour fixer le pays de renvoi d'un étranger en cas d'exécution d'office d'une obligation de quitter le territoire, d'une interdiction de retour, de la mise en œuvre d'une décision prise par un autre Etat et de l'interdiction de circulation sur le territoire.

La contestation de cet article n'est qu'un marchepied pour atteindre, par la voie de l'exception, les articles L. 721-5 et L. 722-7, qui définissent les modalités de contestation et de jugement de ces décisions. Cette exception d'illégalité est inopérante, l'article R. 721-2 n'étant pas pris pour l'application de l'un ou l'autre de ces articles.

18. La critique suivante, sur l'assignation à résidence ou le placement en rétention d'une personne faisant l'objet d'une interdiction de retour, n'est pas mieux fondée.

Nous avons été arrêtée par le manque de précision des écritures, qui ne prennent pas la peine d'identifier autrement que par une référence aux « articles R. 732-1 et suivants », l'article R. 732-1 étant un article fixant une règle de compétence au sein de l'autorité administrative, les articles réglementaires du code pris pour l'application des articles L. 731-1 et L. 732-2 du code qu'elle conteste par la voie de l'exception, et qu'elles auraient pu contester dans le cadre de leur recours contre l'ordonnance, dont nous vous avons invité à admettre la recevabilité. Le moyen doit être écarté.

19. Dans un dernier moyen, dirigé contre les articles R. 732-1, R. 751-7, R. 754-1 et R. 754-2, les associations critiquent, par la voie de l'exception, les conditions de recevabilité des demandes d'asile présentées en rétention (art. L. 754-1) et la possibilité d'exécuter d'office une décision de transfert vers l'Etat responsable d'une demande d'asile présentée par un étranger placé ou maintenu en rétention (art. L. 754-2).

Mais ni l'article R. 732-1, ni l'article R. 751-7, qui déterminent respectivement l'autorité compétente pour assigner un étranger à résidence ou décider son placement en rétention ne sont pris pour l'application de ces dispositions.

Il en va de même de l'article R. 754-1, qui se borne à rappeler l'existence de dispositions particulières régissant le placement en rétention de demandeur d'asile « dublinés » en vue de l'exécution d'une décision de transfert.

Quant à l'article R. 754-2, selon lequel l'étranger placé en rétention doit être informé sans délai de la procédure de demande d'asile et de ses droits et obligations, dans une langue qu'il comprend, sa numérotation est trompeuse : il n'a pas été directement pris pour l'application de l'article L. 754-2, qui prévoit que l'autorité administrative peut appliquer la procédure Dublin à un étranger en rétention qui demande l'asile, mais pour bien pour celle de l'article L. 744-6 du code : « *A son arrivée au centre de rétention, l'étranger reçoit notification des droits*

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*qu'il est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile. / A cette fin, il peut bénéficier d'une assistance juridique et linguistique. ».*

En dépit de la numération commune des articles législatifs et réglementaires, cette dernière exception d'illégalité nous paraît, elle aussi, inopérante<sup>14</sup>.

Aucun des moyens dirigé contre le décret n'est fondé, la requête doit donc être rejetée.

Tel le sens de nos conclusions sur ces deux requêtes.

---

<sup>14</sup> L'inopérance de cette exception d'illégalité vaut tout aussi bien pour les moyens tirés de ce que l'ordonnance méconnaîtrait le droit européen que pour ceux tirés de ce que l'ordonnance méconnaîtrait le droit constitutionnel d'asile, lesquels devraient en tout état de cause être présentés par mémoire distinct et motivé, ce qui n'est pas le cas.