



HAL
open science

Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers)

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers) . Journal du droit international (Clunet), 1992. hal-01713893

HAL Id: hal-01713893

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01713893>

Submitted on 21 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992
(Entrée et séjour des étrangers en France)

par Danièle Lochak

Journal de droit international privé (Clunet), 1992

Pour comprendre la portée de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 25 février 1992, il n'est pas inutile de rappeler préalablement l'objet de la loi soumise à son examen et le contexte de sa saisine.

- I -

A. L'objectif officiel du projet qui devait devenir - sans son article 8, déclaré inconstitutionnel - la loi du 26 février 1992 était de *mettre la législation française en conformité avec la Convention complémentaire aux accords de Schengen*, signée le 19 juin 1990, et dont le Parlement français a autorisé la ratification par la loi du 30 juillet 1991. Dans cette perspective, le texte instaure des sanctions à l'encontre des transporteurs qui débarquent sur le territoire français des personnes démunies des documents exigés, conformément à l'engagement souscrit à l'article 26 de la Convention ; il prévoit la possibilité de refuser l'entrée sur le territoire français aux étrangers qui ne rempliraient pas les conditions prévues à l'article 5 de la Convention pour accéder à « l'espace Schengen », tels ceux qui ont été signalés aux fins de non-admission par un des États parties aux accords de Schengen ou qui sont considérés comme pouvant compromettre l'ordre public, la sécurité nationale ou les relations internationales de l'une des parties contractantes ; il étend aux étrangers qui seront entrés ou auront séjourné sur le territoire français sans se conformer aux règles édictées par la Convention de Schengen les sanctions pénales déjà prévues pour l'entrée et le séjour irréguliers sur le territoire français ; enfin, il permet la reconduite à la frontière par décision préfectorale de ces mêmes étrangers, ainsi que l'exécution d'office de la reconduite à la frontière d'un étranger signalé aux fins de non admission par un autre État signataire.

Mais le texte visait aussi - les deux objectifs sont au demeurant convergents - à améliorer l'efficacité du dispositif permettant *l'éloignement forcé de ceux qui se trouvent irrégulièrement sur le territoire français*. Ainsi, la loi étend les hypothèses dans lesquelles le préfet peut décider la reconduite à la frontière : cette mesure pourra désormais être prononcée contre l'étranger qui s'est maintenu en France au-delà de la durée de validité de son visa, alors qu'elle ne pouvait l'être jusqu'ici qu'après l'expiration d'un délai de trois mois depuis la date de l'entrée en France, ou encore contre l'étranger qui n'aura pas demandé le renouvellement de son titre de séjour, alors que seuls les étrangers qui n'avaient jamais été en possession d'un titre de séjour ou qui s'étaient vu refuser le renouvellement de leur titre pouvaient faire l'objet d'une telle mesure.

C'est au cours de la discussion parlementaire de ce texte que le gouvernement a introduit un amendement à son propre projet, dit « *amendement Marchand* », du nom du ministre de l'Intérieur de l'époque. Cet amendement visait à permettre à l'administration de maintenir dans la zone internationale des ports et aéroports, rebaptisée « *zone de transit* », les étrangers non admis sur le territoire, les étrangers demandant à y entrer au titre de l'asile pendant l'examen de leur demande, enfin les étrangers en transit refoulés vers la France par le pays de destination. Le groupe socialiste s'étant rallié, sous réserve de quelques sous-amendements, à ce texte, il fut adopté par l'Assemblée nationale le 19 décembre 1991, puis par le Sénat lors de la session extraordinaire du mois de janvier. Mais compte tenu de l'émotion suscitée par cet amendement hors de l'enceinte parlementaire parmi les organisations de défense des droits de l'homme, relayées par la Commission nationale consultative des droits de l'homme qui, à l'unanimité de ses membres, fit connaître

son opposition au projet, les parlementaires socialistes obtinrent du Premier ministre qu'en contrepartie de leur vote positif elle saisisse elle-même le Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur la constitutionnalité des dispositions adoptées. Telles sont les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a eu à connaître de l' « amendement Marchand » et, au-delà, de l'ensemble de la loi.

B. Bien que dans sa lettre de saisine le Premier ministre n'ait demandé officiellement au Conseil de se prononcer que sur la conformité à la constitution de l'article 8 de la loi, résultant de l'amendement Marchand, le Conseil a estimé, conformément à sa jurisprudence habituelle, que « *cette précision n'affect[ait] pas la possibilité pour le Conseil constitutionnel de faire porter son contrôle sur les autres dispositions de la loi et d'en tirer toutes les conséquences de droit* ». En pratique, le Conseil constitutionnel a examiné d'office deux autres dispositions de la loi, dont il a admis la constitutionnalité à une réserve d'interprétation près : - celle qui instaure des sanctions à l'encontre des transporteurs, dont il sera question plus loin ; - celle qui diffère l'application de certaines dispositions de la loi jusqu'à la date de l'entrée en vigueur de la convention signée à Schengen, cette date devant s'entendre, précise le Conseil, comme étant celle de la publication de cette convention au Journal Officiel, qui seule peut la rendre opposable en droit interne.

Les conditions particulière de cette saisine ont cependant eu une influence sur la décision rendue. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi par un groupe de députés ou de sénateurs il a entre les mains une lettre de saisine soigneusement argumentée, à laquelle il s'estime tenu de répondre point par point. Le caractère en l'occurrence très informel de la saisine le dispensait par hypothèse de répondre à des arguments qui n'étaient pas soulevés, et l'on peut penser que ceci a joué en faveur d'une *limitation du contrôle exercé*. On remarque en effet que le dispositif de la décision ne contient aucune des deux formules rituelles : « il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen » et « la loi est déclarée conforme à la Constitution ». Cette prudence tout à fait remarquable (relevée par Bruno Genevois dans son commentaire de la décision : « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992) », *RFDA* 1992/2 p. 185) peut s'interpréter comme le signe que le Conseil constitutionnel, saisi par le Premier ministre d'une seule des dispositions de la loi, n'a pas voulu pousser l'audace jusqu'à examiner l'ensemble de ses dispositions : il s'est donc arrêté à une solution médiane consistant à examiner d'office deux autres de ses dispositions mais sans pour autant décerner un brevet de constitutionnalité aux dispositions de la loi qu'il n'avait pas spécialement examinées.

Plaide également en faveur de cette interprétation le fait que *plusieurs autres dispositions de la loi paraissaient soulever des problèmes de constitutionnalité délicats* et auraient au moins mérité examen. Ainsi de la disposition prévoyant que l'étranger qui a fait l'objet d'un signalement aux fins de non admission en application d'une décision exécutoire prise par un autre État partie à la convention de Schengen encourra les peines pénales prévues par la loi française à l'encontre de l'étranger qui est entré ou séjourne irrégulièrement en France : elle conduira en effet les tribunaux français à tirer les conséquences sur le plan pénal d'une décision prise par un État étranger sans être à même de vérifier la régularité juridique et le bien-fondé de la décision qui sert de base aux poursuites, puisqu'on voit mal comment une juridiction française pourrait se livrer au contrôle d'une décision émanant d'une autorité étrangère. Une telle situation pouvait paraître contredire le principe de la légalité des délits et des peines qui implique, d'une part, que l'intéressé puisse avoir connaissance du fait qu'il est en infraction - alors que rien n'indique en l'occurrence si et comment l'intéressé aura connaissance de la décision de signalement aux fins de non admission qui le concerne - et, d'autre part, qu'une condamnation pénale ne puisse sanctionner que l'in-

fraction à une mesure légalement prise par une autorité compétente et donc que le juge pénal puisse en contrôler la légalité.

De même, le nouveau texte donne à l'administration la possibilité de décider la reconduite d'office à la frontière de l'étranger qui a fait l'objet d'un signalement aux fins de non admission par l'un des États parties à la convention de Schengen et qui se trouve irrégulièrement sur le territoire français. N'y a-t-il pas là une atteinte au principe constitutionnel des droits de la défense, le préfet ayant la faculté de décider en même temps la reconduite à la frontière et son exécution d'office sans qu'il soit possible à l'intéressé de contester le bien-fondé de la décision de signalement aux fins de non admission ? D'autant que la loi ne prévoit pas, dans cette hypothèse, de recours suspensif devant le juge administratif contre la mesure de reconduite à la frontière alors que, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987, Conseil de la Concurrence, « le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision [d'un organisme non juridictionnel] de demander et d'obtenir le cas échéant un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense ».

L'essentiel de la décision du Conseil constitutionnel porte donc en définitive sur deux points : le régime du maintien en zone de transit, et les sanctions contre les transporteurs.

- II -

En faisant adopter par le Parlement ce qu'il est convenu d'appeler l' « *amendement Marchand* », *réglémentant le maintien des étrangers en zone de transit*, le gouvernement visait en fait un double objectif : d'abord donner une base légale au maintien en zone internationale des étrangers - et notamment des demandeurs d'asile - entre le moment où ils demandent leur admission sur le territoire et le moment où la décision est prise ; ensuite disposer d'un délai plus long que celui que la loi actuelle autorise pour pouvoir exécuter plus facilement les décisions de rapatriement concernant les étrangers auxquels l'accès au territoire est refusé. Pour comprendre l'enjeu concret de cet amendement, il convient donc d'avoir présent à l'esprit l'état de la législation applicable en matière d'accès au territoire français et des pratiques effectivement suivies.

A. *Les conditions exigées des étrangers qui veulent entrer sur le territoire français* sont prévues à l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, et précisées par un décret du 27 mai 1982, complété et modifié par les décrets du 30 juillet 1987 et du 30 août 1991. L'article 5 prévoit que pour entrer en France, tout étranger doit être muni notamment : 1° Des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur ; 2° Sous réserve des conventions internationales, des documents prévus par décret en Conseil d'État et relatifs, d'une part, à l'objet et aux conditions de son séjour et, d'autre part, s'il y a lieu, à ses moyens d'existence et aux garanties de son rapatriement". Dans la mesure, toutefois, où la présentation des documents qui conditionnent l'entrée sur le territoire français n'est exigée que sous réserve des conventions internationales, au rang desquelles figure la Convention de Genève sur les réfugiés dont l'article 31 interdit d'appliquer des sanctions pénales aux réfugiés du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, il est acquis que l'entrée en France ne peut pas être refusée à un demandeur d'asile au motif qu'ils ne serait pas muni des documents exigés. L'accès au territoire français peut par ailleurs être refusé à tout étranger dont la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui a fait l'objet soit d'une interdiction du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion.

Le décret du 27 mai 1982 précise les autorités compétentes pour prononcer le refus d'entrée : il s'agit du fonctionnaire investi des fonctions de chef de poste ou d'un fonctionnaire désigné par lui ; lorsque l'étranger qui se présente à la frontière demande à bénéficier du droit d'asile, la déci-

sion de refus d'entrée en France ne peut être prise que par le ministre de l'Intérieur, après consultation du ministre des Affaires étrangères. Depuis le mois de septembre 1991, des représentants de l'OFPRA ont été délégués aux frontières pour entendre les demandeurs d'asile et éclairer ainsi le ministre des Affaires étrangères avant qu'il ne donne son avis.

En pratique, il peut se produire - et de fait, il se produit fréquemment s'agissant des demandeurs d'asile - que l'étranger soit maintenu en zone internationale pendant plusieurs jours, voire plusieurs semaines, en attendant que son cas soit examiné et qu'il soit statué sur son sort. Ce « maintien » provisoire, contrairement à la rétention qui intervient après un refus d'entrée dans l'attente d'un rapatriement (voir ci-après), n'est ni prévu, ni réglementé par les textes - et c'est à cette situation qu'entendait en premier lieu remédier l'amendement Marchand. L'empressement du gouvernement était d'autant plus grand qu'une action pour séquestration arbitraire introduite par cinq demandeurs d'asile retenus pendant plusieurs jours dans la zone internationale devait être jugée par le tribunal de grande instance de Paris au mois de février 1992 : à défaut de prétendre échapper à une condamnation éventuelle (éventualité qui s'est finalement concrétisée, comme on le montrera plus loin), la loi ne pouvant avoir d'effet rétroactif, le gouvernement espérait au moins se mettre à l'abri d'actions identiques pour l'avenir.

Par ailleurs, l'étranger auquel est opposé un refus d'entrée peut être maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire pendant le temps strictement nécessaire à son départ, dans les conditions prévues à l'article 35 *bis* de l'ordonnance de 1945. Cet article ne fait pas de distinction - dans sa rédaction actuelle - entre les étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion, d'une mesure de reconduite à la frontière, ou auxquels l'accès du territoire a été refusé. La rétention est décidée par le préfet, mais au bout de 24 heures, le président du tribunal de grande instance ou un magistrat délégué par lui doit impérativement être saisi, et lui seul peut décider la prolongation de la rétention. Bien que, d'après les textes, cette prolongation ne doive intervenir qu'à titre exceptionnel, le magistrat pouvant opter pour des mesures de surveillance moins attentatoires à la liberté, comme la remise à la police de son passeport ou l'assignation à résidence, en pratique la prolongation de la rétention est autorisée de façon à peu près systématique. La rétention ne peut durer plus de sept jours au total : à l'issue de ce délai, même si le rapatriement n'a pu avoir lieu, l'étranger doit être libéré. L'efficacité du dispositif suppose que dans ce délai les autorités françaises aient trouvé pour l'intéressé une place sur un vol à destination de son pays - ou de tout autre pays prêt à l'accueillir.

Le second objectif poursuivi par le gouvernement en faisant adopter l'amendement Marchand était précisément de permettre un allongement de ce délai de sept jours, jugé trop bref pour permettre le départ effectif des étrangers auxquels un refus d'entrée est opposé.

L'amendement introduisait donc dans l'ordonnance un article 35 *quater* permettant de maintenir en zone internationale, dite « zone de transit », pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou à l'examen de sa demande d'admission sur le territoire, l'étranger non autorisé à entrer sur le territoire français à la frontière aérienne ou maritime, ou demandant son admission au titre de l'asile, ou encore l'étranger en transit que la compagnie de transport qui devait l'acheminer dans le pays de destination refuse d'embarquer ou qui a été refoulé vers la France par le pays de destination. La zone de transit, disait le texte, délimitée par arrêté du préfet, « *s'étend des points d'embarquement ou de débarquement sur le territoire français aux postes où sont effectués les contrôles des personnes à l'entrée et à la sortie du territoire. Elle peut être étendue pour inclure dans son périmètre un ou plusieurs lieux d'hébergement sur l'emprise portuaire ou aéroportuaire* » (en pratique, des hôtels, et notamment les fameux hôtels Arcade). La durée de ce maintien pouvait aller jusqu'à trente jours en tout : vingt jours sur simple décision du chef du

service de contrôle aux frontières ou d'un fonctionnaire désigné par lui, puis dix jours supplémentaires sur autorisation du président du tribunal administratif.

B. La *constitutionnalité de ces dispositions* devait s'apprécier au regard de deux principes de valeur constitutionnelle auxquels elles étaient susceptibles de porter atteinte : le droit d'asile et la liberté individuelle. Mais la réglementation du « maintien » des étrangers en zone de transit soulevait aussi une question préalable, sous-jacente aux deux autres, bien que le Conseil constitutionnel ne l'ait pas explicitement examinée : celle de la nature juridique de cette zone de transit.

1) La question de la *nature juridique de la zone de transit* avait fait l'objet de longues controverses bien avant l'adoption de l'amendement Marchand.

La thèse gouvernementale couramment avancée face à ceux qui prétendaient que la rétention des étrangers en zone internationale pendant des jours, voire des semaines, n'avait aucune base légale consistait à dire que la zone internationale n'étant pas la France, l'article 35 *bis* régissant la rétention ne trouvait pas à s'y appliquer : ce qui revenait à se retrancher derrière le principe de la territorialité des lois en considérant que la zone internationale était dotée d'une sorte de statut d'extra-territorialité. Le gouvernement ne devait toutefois pas être entièrement persuadé de la justesse de sa thèse puisque à chaque fois que le juge des référés s'était trouvé saisi d'une requête tendant à constater l'existence d'une séquestration arbitraire constitutive d'une voie de fait et à la faire cesser, l'administration avait fait en sorte que le jour de l'audience l'intéressé ait quitté la zone internationale, soit en le refoulant, soit en le laissant entrer en France, obligeant ainsi le juge des référés, la voie de fait ayant cessé, à se déclarer incompétent. De ce point de vue, l'amendement Marchand marque donc un double revirement dans l'attitude du gouvernement, qui d'une part admet que la zone internationale, rebaptisée zone de transit, fait partie du territoire national, et d'autre part se préoccupe désormais - pour les raisons que l'on a évoqué plus haut - de combler au plus vite un vide juridique dont il s'était accommodé pendant des années.

Il reste vrai, cependant, que le statut de la zone internationale apparaît comme ambivalent lorsqu'on considère la jurisprudence contradictoire des juridictions administratives et judiciaires. Ainsi, la Cour de cassation avait implicitement admis qu'elle était une portion du territoire national dans un arrêt rendu à propos d'une condamnation pour refus d'embarquement. Dans cette affaire, un ressortissant de nationalité jordanienne, condamné par un tribunal correctionnel à être reconduit à la frontière pour séjour irrégulier en France, avait refusé d'embarquer dans l'avion à destination d'Amman. De nouvelles poursuites avaient été engagées contre lui pour infraction à la législation sur les étrangers ; mais il faisait valoir qu'ayant franchi "la limite matérialisée par la présence étatique (policiers et douaniers) qui symbolise l'endroit dont le franchissement emporte sortie du territoire français ou entrée sur celui-ci", il n'était plus sur le territoire français et ne pouvait donc être considéré comme étant en situation irrégulière sur ce territoire. La Cour de cassation a rejeté cet argument estimant que, bien que reconduit au-delà des postes de police et de douane de l'aéroport et se trouvant dans la zone dite internationale, l'intéressé était bien en infraction dès lors que l'ensemble de l'aéroport fait partie du territoire français (Crim. 28 octobre 1987, *Procureur général de Paris et Youssef*, D. Somm. comm. p. 137). On pouvait donc déduire de cette décision que la zone internationale n'avait d'internationale que le nom et qu'elle constituait bien une parcelle du territoire national.

D'autres décisions de justice, en revanche, ont pu faire penser l'inverse. Dans l'affaire *Eksir*, portée devant le Conseil d'État, (C.E. 27 janvier 1984, *RDP* 1984 p. 801, note J. Robert), le problème était de savoir si la décision refusant l'entrée d'un étranger sur le territoire français était susceptible d'un sursis à exécution, et donc si elle modifiait la situation de fait de l'intéressé : autrement dit, si le fait de se trouver dans la zone internationale était assimilable au fait de se trouver sur le territoire français. En pratique, en effet, les intéressés se trouvaient physiquement

sur le territoire français, mais se trouvaient-ils pour autant en France ? Le Conseil d'État a estimé qu'étant interdits d'entrée, ils se trouvaient en quelque sorte dans une situation d'exterritorialité qui interdisait de prendre en considération leur présence physique sur une parcelle du territoire national, et qu'en droit ils ne se trouvaient pas en France, de sorte que le refus d'entrée ne modifiant pas leur situation de fait, leur demande de sursis à exécution était irrecevable.

Ainsi, en confrontant ces deux solutions jurisprudentielles, on pouvait arriver à la conclusion que la zone internationale, tel un Janus territorial, fait ou non partie du territoire national selon le sens dans lequel on franchit la frontière : l'étranger qui se trouve en zone internationale n'est pas encore la France lorsqu'il demande à entrer sur le territoire français ; mais il est encore en France lorsqu'il refuse de quitter ce même territoire.

Plus récemment, le tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement du 25 mars 1992 rendu à propos de l'affaire à laquelle il a déjà été fait allusion, a rejeté lui aussi, mais cette fois au profit des requérants, la thèse de l'extra-territorialité défendue par l'administration : *« attendu que le défendeur n'est pas fondé à soutenir, pour écarter le grief d'atteinte à la liberté individuelle, que l'étranger serait seulement empêcher d'entrer en France, en étant retenu dans un lieu devant être considéré comme une "extension" de la zone internationale de l'aéroport ; qu'en effet, il n'est pas justifié de l'existence d'un texte, national ou international, conférant une quelconque extra-territorialité à tout ou partie des locaux de l'hôtel Arcade, situé au demeurant hors de l'enceinte de l'aéroport et de la zone "sous douane" de celui-ci ; attendu qu'en l'état cette zone, qui constitue une fiction juridique, ne saurait être soustraite aux principes fondamentaux de la liberté individuelle ».*

Du point de vue du droit international, au demeurant, l'idée d'extraterritorialité n'a pas de consistance : la zone dite internationale fait partie intégrante du territoire national et est soumise à la souveraineté territoriale de l'État. Ainsi, la Convention de Chicago de 1944 sur l'aviation civile stipule dans son article 1er que « chaque État exerce une souveraineté entière et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire », aéroports inclus. Et la jurisprudence des cours internationales atteste que le droit d'exercer l'autorité et le contrôle dans les zones internationales, qui découle de l'exclusivité et de la plénitude des compétences étatiques sur l'ensemble du territoire, entraîne l'obligation pour les États d'y respecter les droits de l'homme et leurs autres obligations internationales, notamment à l'égard des réfugiés. Il ne fait donc aucun doute qu'un étranger, dès lors qu'il se trouve sur le territoire français, et même s'il n'a pas été admis juridiquement à entrer en France, est soumis à la loi française. (Voir Henri Labayle, « Réglementation et souveraineté des États », intervention au Colloque de l'ANAFE des 10-11 avril 1992 sur « Le statut juridique de la zone internationale »).

Si la thèse de l'extra-territorialité ne résiste pas à l'analyse, on ne peut pour autant nier qu'il existe des problèmes spécifiques liés à la non-coïncidence entre la frontière géographique et la frontière juridique en matière de transports par air ou par mer. Lorsque l'étranger arrive en France à bord d'un navire ou d'un avion, le franchissement de la frontière géographique a lieu au moment où le navire ou l'avion entre dans les eaux territoriales ou l'espace aérien français, mais l'admission juridique sur le territoire français est reportée aux postes de contrôle de la police situés dans les ports et les aéroports : la frontière juridique ne coïncide donc pas, comme en matière de transports terrestre, avec la frontière géographique, d'où l'existence de ce "sas" que représente la zone dénommée de façon trompeuse internationale. En sens inverse, en cas de refus d'entrée sur le territoire français opposé dans un port ou un aéroport, l'exécution de cette décision n'est pas automatique, contrairement à ce qui se passe à la frontière terrestre : l'exécution de la décision de refus d'entrée suppose la possibilité pour l'étranger d'embarquer sur un navire ou un avion à destination d'un pays étranger, embarquement qui ne peut pas toujours être immédiat.

C'est de ces spécificités que le gouvernement tirait argument pour justifier son texte, insistant sur la nécessité de disposer d'une réglementation permettant de maintenir en zone de transit les étrangers qui ont fait l'objet d'un refus d'entrée - dont le nombre s'est élevé, en 1990, à 9044 personnes - ou qui demandent leur admission au titre du droit d'asile - ce qui a représenté 873 demandes en 1991.

A supposer que ces spécificités justifient le maintien temporaire des étrangers en zone de transit, et une fois admis que la compétence du législateur pour réglementer ce maintien ne faisait aucun doute s'agissant d'une partie du territoire national, encore fallait-il que la réglementation prévue ne porte pas atteinte à des principes de valeur constitutionnelle.

2) La constitutionnalité de l'article 8 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel devait en premier lieu s'apprécier par rapport à *l'exercice du droit d'asile*, auquel les nouvelles dispositions étaient susceptible de faire obstacle.

- Le droit d'asile est proclamé par l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ». A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a invoqué ce principe, tout en renvoyant pour la mise en œuvre du droit d'asile aux conventions internationales et aux textes de loi relatifs aux réfugiés : la Convention de Genève du 28 juillet 1951 modifiée par le protocole de New-York du 31 juillet 1967, et la loi du 25 juillet 1952 créant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA).

Ainsi, dans sa décision du 9 janvier 1980, rendue à propos de la "loi Bonnet", le Conseil constitutionnel a répondu au grief tiré de ce que la loi serait contraire au droit d'asile reconnu par le préambule de la Constitution de 1946 que « *cette loi n'apport[ait] aucune modification aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour en France des étrangers, lesquelles réservent expressément l'application des conventions internationales ; que parmi ces conventions figure notamment la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés ; qu'il ne saurait dans ces conditions résulter de la loi dont il s'agit aucune atteinte au droit d'asile* » - ce qui était une façon de réaffirmer l'obligation pour le législateur de respecter ce droit. De même, dans sa décision du 3 septembre 1986, le Conseil répond au grief tiré de ce que le caractère immédiatement exécutoire du refus d'accès au territoire français serait susceptible de porter atteinte au principe constitutionnel du droit d'asile en précisant que ce droit « *est mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la Constitution* » et « *qu'il appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de [cette] convention internationale [la Convention de Genève] dans le cadre de leurs compétences respectives* ».

Il en résulte que, même dans le silence des textes, le refus d'entrer en France ne peut être opposé à un demandeur d'asile au seul motif qu'il n'est pas muni des documents énumérés à l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (en ce sens, CE 25 septembre 1985, *France Terre d'Asile*, p. 263), et plus généralement que le législateur ne peut édicter de règles qui contrediraient les stipulations de la Convention de Genève, notamment son article 31 relatif à l'entrée et au séjour irréguliers des réfugiés sur le territoire du pays d'accueil.

Mais dans ce cas, quelles sont les considérations qui doivent guider le ministre de l'Intérieur lorsqu'il prend la décision de refuser l'entrée d'un demandeur d'asile sur le territoire ? D'autant que si l'article 12 du décret du 27 mai 1982 l'habilite à prendre de telles décisions, après consultation du ministre des Affaires Étrangères, il ne lui donne pas compétence pour apprécier le bien-fondé de la demande d'obtention de la qualité de réfugié en vue de laquelle l'asile est sollicité,

cette appréciation relevant, en l'état actuel de la législation, de la compétence exclusive de l'OF-PRA et, en appel, de la commission des recours des réfugiés.

Et dans deux décisions récentes, le Conseil d'État a affirmé avec force que les dispositions combinées de la Convention de Genève et de la législation française « *impliqu[ai]ent nécessairement que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande* », sauf dans le cas où cette demande a manifestement pour seul objet de faire échec à une mesure d'éloignement du territoire (CE 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c/ Dakoury et Nkodia*, AJDA 1992.114, chr. Maugué et Schwartz ; RFDA 1992.90, concl. Abraham). On pouvait, par analogie, en déduire que l'étranger qui se présente à la frontière comme demandeur d'asile doit être en principe autorisé à entrer sur le territoire pour pouvoir faire examiner sa demande.

Dans ces conditions, on pouvait critiquer le texte voté par le Parlement en faisant valoir que de deux choses l'une : - ou bien le législateur avait entendu laisser au ministre de l'Intérieur la possibilité d'examiner le bien-fondé de la demande d'asile avant de prendre sa décision relative à l'entrée sur le territoire, ce qui expliquait la longueur du délai du maintien en zone de transit mais contredisait les principes qui fondent l'exercice du droit d'asile et que l'on vient de rappeler ; - ou bien telle n'était pas l'intention du législateur, mais dans ce cas le maintien en zone de transit pendant une durée de vingt, voire trente jours, n'avait guère de justification, la tâche du ministre de l'Intérieur devant se borner à vérifier que l'étranger, demandeur d'asile ou non, se trouve dans l'une des trois hypothèses où l'entrée du territoire peut lui être refusée, soit que sa présence sur le territoire constitue une menace pour l'ordre public, soit qu'il ait fait l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion.

- Le Conseil constitutionnel n'a pas fait intégralement sienne cette thèse, difficilement réfutable du point de vue de la logique juridique, mais dont on conçoit que les pouvoirs publics soient peu enclins à accepter toutes les conséquences dès lors que plus de quatre demandes sur cinq sont finalement rejetées par l'OF-PRA et qu'il s'avère souvent difficile, voire impossible, de reconduire ultérieurement à la frontière les étrangers auxquels le statut de réfugié a été refusé. Le Conseil a finalement opté pour une solution médiane, proche de celle adoptée par le Conseil d'État : après avoir réaffirmé, plus nettement que dans aucune de ses décisions précédentes, que le droit d'asile constitue un principe de valeur constitutionnelle que le législateur doit respecter lorsqu'il définit les conditions d'admission des étrangers sur le territoire, il en tire la conséquence qu'« *un étranger qui a sollicité son admission en France au titre de l'asile ne saurait faire l'objet d'un maintien en zone de transit le temps nécessaire à son départ, moyennant des garanties adéquates, que s'il apparaît que sa demande est manifestement infondée* ». Il admet donc que la disposition en question ne viole pas le quatrième alinéa du Préambule de 1946, sous réserve qu'on l'interprète comme autorisant le ministre de l'Intérieur à refuser l'accès au territoire à un demandeur d'asile uniquement lorsque sa demande est manifestement infondée, et non comme l'habilitant à examiner le bien-fondé de la demande.

Le Conseil constitutionnel reconnaît donc implicitement le droit pour le demandeur d'asile d'entrer sur le territoire français en vue de voir sa demande examinée par les instances compétentes dès lors qu'elle n'est pas « *manifestement infondée* », tout comme le Conseil d'État a reconnu le droit pour la personne qui sollicite le statut de réfugié de demeurer en France aussi longtemps que sa demande n'a pas été examinée, dès lors que cette demande n'a pas *manifestement* pour seul objet de faire échec à une mesure d'éloignement.

La notion de demande manifestement infondée demeure il est vrai assez floue. On relève cependant que les termes choisis par le Conseil constitutionnel sont ceux-là même qu'a utilisés le législateur à propos de la possibilité pour les transporteurs d'être exonérés de leur responsabilité

lorsque la demande d'asile n'était pas « manifestement infondée » ; et dans le passage de la décision consacré aux sanctions contre les transporteurs, le Conseil constitutionnel précise que la vérification effectuée par les compagnies doit se borner « à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche », conformément à l'idée qu'est manifeste ce qui est évident, ce qui saute aux yeux, y compris du simple profane.

Ces indications ne suffiront pas pour autant à résoudre les problèmes d'interprétation que la notion de demande manifestement infondée ne manquera pas de soulever, en dépit du fait qu'elle est de plus en plus couramment évoquée et utilisée : l'OFPRA, par exemple, distingue déjà, dans la gestion des dossiers, les demandes d'asile manifestement fondées ou manifestement infondées, qui peuvent être traitées rapidement, de celles qui demandent un examen supplémentaire ; dans le même sens, le groupe *ad hoc* immigration, dans son rapport au Conseil européen de Maastricht, remis en décembre 1991, sur la politique d'immigration et d'asile, souhaite que les Douze se mettent d'accord sur une définition du concept de « demande d'asile manifestement non fondée » et sur des règles communes auxquelles devrait satisfaire un traitement simplifié ou prioritaire de ces demandes. Parmi les critères qui font présumer le caractère manifestement non fondé de la demande, on évoque le plus souvent le fait que le demandeur est originaire d'un pays sûr, ou bien que les motifs qu'il invoque sont sans rapport avec la définition du réfugié donnée par la Convention de Genève ; mais on sait que l'entreprise qui consiste à vouloir dresser la liste des « pays sûrs » se heurte à des obstacles insurmontables, et que l'application du principe du « pays sûr », qui joue comme une simple présomption, ne saurait dispenser de procéder à un examen individuel des demandes.

Il n'est d'ailleurs même pas certain que la notion de « demande manifestement infondée » doive s'entendre de la même façon lorsqu'elle sert à l'OFPRA de critère de choix entre la procédure normale et accélérée, lorsqu'elle sert au ministre de l'Intérieur de critère pour accorder ou refuser l'accès du territoire français, et lorsqu'elle servira aux transporteurs de critère pour accepter ou non d'embarquer un voyageur démuné des documents nécessaires. Dans le premier cas, en effet, la demande manifestement infondée fait quand même l'objet d'un examen rapide, et la décision prise est susceptible de recours ; dans les deux autres cas, en considérant que sa demande est manifestement infondée, on scelle définitivement le sort de l'intéressé.

3) Si le Conseil constitutionnel écarte finalement l'idée que les dispositions litigieuses porteraient atteinte au droit d'asile, sous la réserve d'interprétation mentionnée, il arrive en revanche à la conclusion - assez prévisible compte tenu de sa jurisprudence antérieure - que ces mêmes dispositions sont inconstitutionnelles en ce qu'elles autorisent le maintien en "zone de transit" des étrangers pendant une durée excessive et sans les garanties judiciaires appropriées, portant de ce fait atteinte à la *liberté individuelle* garantie par l'article 66 Constitution.

Dans sa décision du 9 janvier 1980, le Conseil constitutionnel avait en effet rappelé, à propos des mesures de rétention qu'elle prévoyait, « que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ». Sur cette base, il avait jugé constitutionnelle la disposition faisant intervenir le juge après 48 heures, mais non celle qui ne prévoyait l'intervention du juge qu'au-delà de sept jours. Dans une décision ultérieure du 3 septembre 1986, il avait invalidé une disposition permettant de prolonger la rétention des étrangers en instance de départ forcé pendant trois jours, au-delà du délai de 7 jours déjà autorisé par les textes, « lorsqu'il est justifié [...] de difficultés particulières faisant obstacle au départ d'un étranger qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière ». « Une telle mesure de rétention, a-t-il fait valoir, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ».

Pour défendre le dispositif imaginé, le gouvernement arguait de ce que le maintien en zone de transit organisé par la loi était fondamentalement différent de la rétention prévue et organisée par l'article 35 *bis* de l'ordonnance de 1945. Les lieux de rétention, disait-il, sont des locaux fermés et gardés afin de prévenir l'évasion d'étrangers présentant un risque de trouble de l'ordre public dans le port ou l'aéroport ; tandis que les étrangers maintenus en zone de transit peuvent quitter librement à tout moment la zone de transit à destination de tout pays étranger. Le maintien en zone de transit s'analysait donc selon lui comme un acte de police administrative des étrangers ne portant pas atteinte à la liberté individuelle, ce qui justifiait l'absence de durée maximum assignée à cette mesure dans la première mouture du projet, puis sa limitation à 30 jours et la compétence du juge administratif pour autoriser sa prolongation au-delà de 20 jours dans le texte amendé par l'Assemblée nationale.

L'argumentation gouvernementale n'était pas véritablement convaincante :

- On pouvait douter en premier lieu qu'il y eût une réelle différence entre le « maintien » en zone de transit et la « rétention » autorisée par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Car si le texte soumis à l'examen du Conseil précisait que « l'étranger est libre de quitter à tout moment la zone de transit pour toute destination étrangère de son choix », il en va de même pour l'étranger placé en rétention. Dans les deux cas, au surplus, cette liberté est subordonnée à la condition qu'il trouve lui-même un pays d'accueil et un moyen de transport pour l'y acheminer, ce qui rend cette liberté assez théorique.

- Il était difficile de prétendre, en second lieu, que le « maintien » en zone de transit ne portait pas atteinte à la liberté individuelle, dès lors que les intéressés sont en pratique enfermés sous constante surveillance policière dans des chambres d'hôtel. Il n'est pas sans intérêt de se référer sur ce point à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui montre bien que la notion de détention, au sens de l'article 5 de la Convention, doit s'apprécier en fonction des circonstances de fait : elle a ainsi jugé qu'il y avait bien détention dans le cas d'une assignation à résidence sur une île où l'intéressé vivait librement dans un hameau, dès lors qu'il n'avait pas l'occasion de contacts sociaux et était entouré principalement de personnes assujetties à la même mesure que lui et de policiers (arrêt *Guzzardi*, 6 novembre 1980), ou encore dans le cas de soldats soumis aux arrêts de rigueur et affectés à une unité disciplinaire où les restrictions s'écartaient nettement des conditions normales de la vie militaire (*Engel et autres*, 8 juin 1976).

Et si l'on n'admettait pas les prémisses du raisonnement gouvernemental, l'invalidation apparaissait comme assez probable. En effet, le maintien en zone de transit et l'atteinte à la liberté individuelle qui en résulte découlent d'une simple décision administrative, et il pouvait durer pendant vingt jours sans donner lieu à un contrôle quelconque de l'autorité judiciaire. Quant à l'intervention du juge administratif pour autoriser la prolongation du maintien pour dix jours supplémentaires, elle semblait en contradiction avec l'interprétation que le Conseil constitutionnel a donnée de l'article 66 de la Constitution, qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle et qui exige que toute mesure portant atteinte à cette liberté soit placée sous le contrôle du juge judiciaire.

Le Conseil constitutionnel n'a pas admis la thèse selon laquelle le maintien en zone de transit ne portait pas atteinte à la liberté individuelle dès lors que les intéressés étaient libres de quitter cette zone. Il a estimé au contraire que « le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a [...] pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution ». Dès lors il ne pouvait qu'invalider les dispositions qui lui étaient soumises après avoir constaté qu'elles ne prévoyaient pas « l'intervention de l'autorité judiciaire en vue d'autoriser, s'il y a lieu, la prolongation du maintien », et ne lui permettaient pas « d'apprécier de façon

concrète la nécessité d'une telle mesure ». En ajoutant que la durée du maintien « *ne saurait en tout état de cause excéder un délai raisonnable* », il a implicitement indiqué que le délai prévu par le texte ne l'était manifestement pas.

Le Conseil constitutionnel a cependant retenu de la thèse gouvernementale l'idée que le degré de contrainte exercé sur la personne maintenue en zone de transit était moindre que lorsqu'elle est placée en rétention : dans le premier cas la liberté d'aller et venir est « *sensiblement entravée* », dit-il, alors que la rétention « *prive un individu de toute liberté d'aller et venir* ». De sorte que si le législateur doit prévoir des garanties dans les deux cas, et notamment l'intervention de l'autorité judiciaire, ces garanties peuvent ne pas être identiques pour le maintien en zone de transit et pour la rétention.

Bien que le Conseil constitutionnel l'ait en partie faite sienne, cette thèse reste contestable au regard des conditions concrètes du maintien en zone de transit, qui sont en pratique les mêmes que celles du maintien en rétention. Comme les étrangers placés en rétention, les étrangers maintenus en zone de transit sont enfermés sous constante surveillance policière dans des chambres d'hôtel, de sorte que leur liberté de quitter à tout moment cette zone pour le pays de leur choix paraît bien théorique. C'est du reste ce qu'a reconnu le tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement rendu le 25 mars dans l'affaire qui est à l'origine directe de l'amendement Marchand et dans lequel on trouve l'attendu suivant : « *Attendu que les étrangers retenus à l'hôtel Arcade, dont le premier étage a été loué par le ministère de l'Intérieur, sont placés sous la surveillance de la police de l'air et des frontières ; qu'ils sont logés dans des chambres dont les fenêtres sont condamnées ; que, s'ils peuvent circuler dans le couloir du premier étage, ils ne peuvent en revanche quitter cet étage ni a fortiori sortir de l'hôtel, la porte d'accès étant munie d'un verrou et gardée par la police qui empêche toute entrée ou sortie non autorisée par l'administration* ».

Mais pour le reste on trouve dans ce jugement l'écho exact de la décision du Conseil constitutionnel : « *Attendu que le maintien de l'étranger dans les locaux de l'hôtel Arcade [...], en raison du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée - laquelle n'est fixée par aucun texte et dépend de la seule décision de l'administration, sans le moindre contrôle judiciaire -, a pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet ; qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'atteinte à la liberté d'aller et venir soit caractérisée, qu'il y ait privation absolue de cette liberté ; qu'il suffit que, comme en l'espèce, la personne ait vu sa liberté gravement restreinte par suite de la décision qui la vise* ». Constat qui conduit le juge à retenir la voie de fait dès lors « *qu'en l'état de la législation française concernant les étrangers, l'autorité administrative ne peut priver temporairement un individu de sa liberté d'aller et venir que dans les hypothèses et suivant les modalités définies par les articles 5 dernier alinéa et 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945* » et que l'atteinte à la liberté individuelle résultant du maintien en zone de transit est ainsi dépourvue de toute base légale.

- III -

L'article 3 de la loi qui ajoute un article 20 *bis* à l'ordonnance de 1945, prévoit la *possibilité d'infliger une amende administrative à l'entreprise de transport* - maritime, aérien ou terrestre - qui achemine sur le territoire français un étranger non ressortissant communautaire démuné des documents requis. L'objectif officiellement attribué à ces mesures est d'assurer une meilleure maîtrise des flux migratoires en responsabilisant les entreprises de transport - les compagnies aériennes avaient déjà l'obligation de rapatrier à leurs frais les passagers qui ne sont pas en règle

- afin de les dissuader d'acheminer des passagers démunis de certains documents et donc manifestement insusceptibles d'être admis aux frontières de l'État de destination.

A. Cette disposition a été prise en application de l'engagement souscrit à l'article 26 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen dont la ratification a été autorisée par la loi du 30 juillet 1991. Les États parties s'y engagent, sous réserve des engagements découlant de la Convention de Genève et dans le respect de leur droit constitutionnel, à instaurer des sanctions à l'encontre des transporteurs qui acheminent par voie aérienne ou maritime vers leur territoire des étrangers qui ne sont pas en possession des documents de voyage requis. Plusieurs États, bien avant la signature de la Convention et indépendamment d'elle, ont déjà institué de telles amendes : les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Italie (où la loi du 28 février 1990 ne sanctionne toutefois que les transporteurs qui omettent de signaler à la police la présence d'étrangers en situation irrégulière à bord des navires ou des avions). L'association internationale des transporteurs aériens (IATA) a d'ailleurs réagi contre cette pratique, estimant que le fardeau des amendes atteignait désormais des proportions considérables et que les compagnies aériennes n'avaient pas à jouer le rôle d'officiers d'immigration.

L'institution de sanctions a également été présentée au cours des débats parlementaires comme découlant de la Convention de Chicago. En fait, l'obligation de contrôler les documents requis pour l'entrée dans le pays de destination est prévue dans l'annexe 9 de la Convention, laquelle définit un certain nombre de dispositions et pratiques recommandées, auxquelles les États doivent s'efforcer de se conformer et oblige seulement les États à signaler à l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale les cas de non application. Le point 3.37 stipule que « les exploitants prendront des précautions au point d'embarquement afin que les passagers soient en possession des documents prescrits par les États contractants aux fins du contrôle », et le point 3.37.1 que « les États contractants n'imposeront pas d'amende aux exploitants si des passagers sont jugés non admissibles, à moins qu'il n'y ait lieu de croire que le transporteur a négligé de prendre des précautions pour que les passagers se conforment aux exigences en matière de documents aux fins de l'entrée dans l'État de destination ».

Le nouvel article 20 *bis* de l'ordonnance de 1945 prévoit donc que l'entreprise de transport aérien ou maritime qui débarquera sur le territoire français un étranger démunie des documents exigés - passeport et visa, en règle générale - encourra une amende d'un montant maximum de 10.000 F par passager concerné. L'amende ne sera pas infligée, toutefois, si la personne démunie de ces documents, ayant demandé l'asile, est finalement admise sur le territoire français, ou si, à tout le moins, sa demande d'asile n'est pas manifestement infondée ; elle ne sera pas infligée non plus si le transporteur établit que les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement ou lorsque les documents présentés ne comportent pas un élément d'irrégularité manifeste.

Les dispositions concernant les demandeurs d'asile ont été introduites à la demande de l'assemblée générale du Conseil d'État pour élargir les cas d'exonération et afin d'éviter que les transporteurs ne soient incités à refuser systématiquement les demandeurs d'asile. Le gouvernement a indiqué, lors des débats parlementaires, que la notion de « demande manifestement infondée », devait s'entendre comme la demande dont il est évident, sans être un expert averti, qu'elle est insusceptible de se rattacher, même de loin, aux critères de la Convention de Genève. Quant au choix d'une amende administrative et non d'une sanction pénale, il découle de l'absence de responsabilité pénale des personnes morales en droit français, et par la difficulté d'identifier des personnes physiques pénalement responsables.

Le texte prévoit par ailleurs des garanties de procédure : accès au dossier, droit de présenter des observations écrites, possibilité de former un recours de plein contentieux contre la décision du ministre, interdiction de sanctionner des faits remontant à plus d'un an.

B. La *constitutionnalité* de ces dispositions pouvait être contestée à trois points de vue différents : en tant qu'elles s'analysaient en une délégation de prérogatives de police aux transporteurs, donc à des personnes privées ; en tant qu'elles instaurent un régime de sanctions non conforme aux principes dégagés en la matière par le Conseil constitutionnel ; en tant qu'elles feraient obstacle à l'exercice du droit d'asile enfin. Aucun de ces griefs n'a finalement été retenu par le Conseil constitutionnel, qui a donc reconnu la constitutionnalité de ces dispositions à une réserve d'interprétation près. Une invalidation paraissait d'ailleurs douteuse, alors qu'il n'avait pas cru devoir critiquer, dans sa décision du 25 juillet 1991 rendue à propos de la loi autorisant la ratification de la convention de Schengen, l'article 26 de cette convention par laquelle la France s'était engagée à instaurer des sanctions à l'égard des transporteurs.

1) Le dispositif semblait d'abord critiquable en ce qu'il investissait les compagnies de transport, françaises ou étrangères, de *prérogatives qui sont normalement celles des autorités de police*. En effet, la menace de sanctions d'une part, la formulation des causes d'exonération de l'autre, auront pour conséquence d'amener les transporteurs à vérifier que les personnes qu'elles transportent sont en possession d'un passeport et d'un visa, à contrôler l'authenticité de ces documents pour s'assurer qu'ils ne comportent pas « un élément d'irrégularité manifeste », et finalement à apprécier si, en dépit de l'absence de ces documents, elles ont néanmoins des chances sérieuses d'être néanmoins admises sur le territoire français, ou encore si la demande d'asile qu'elles disent vouloir présenter en France, n'est pas « manifestement infondée » : autant de tâches dont on peut douter qu'elles soient bien de la compétence - au double sens de ce terme - des agents des compagnies de transports, françaises ou étrangères. Pour illustrer le caractère incongru de certaines situations qui risquent de se produire, on peut s'interroger sur l'attitude que sera supposé adopter l'agent de la compagnie Air Lanka auquel un de ses concitoyens d'origine tamoule viendra expliquer que, quoique dépourvu de visa, il a de bonnes chances d'être admis sur le territoire français au titre de l'asile...

A moins que, pour ne prendre aucun risque, les agents reçoivent la consigne de refuser systématiquement l'embarquement de passagers démunis de documents - mais c'est alors l'exercice du droit d'asile qui serait définitivement compromis -, ils seront, on le voit, inévitablement amenés à exercer des contrôles et à se livrer à des appréciations qui relèvent normalement des seules autorités de police françaises. On pouvait donc considérer qu'un tel dispositif, qui aboutissait à déléguer aux entreprises de transport des prérogatives de police, portait atteinte au principe selon lequel ces prérogatives, inaliénables par essence car liées au monopole étatique de la contrainte, ne sauraient être déléguées ni concédées à des personnes privées de quelque façon que ce soit (CE, 20 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*).

Bien que le Conseil constitutionnel n'aborde pas de front la question, il répond indirectement à cette objection lorsqu'il relève que le transporteur, pour vérifier que la demande d'asile n'est pas manifestement infondée, doit se borner à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche, de sorte que les dispositions de l'article 20 *bis* ne sauraient s'entendre « *comme conférant au transporteur un pouvoir de police au lieu et place de la puissance publique* ». La réfutation n'est pas vraiment convaincante, et l'on ne peut que regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas été contraint par l'existence d'une saisine véritable de répondre à cette objection de façon moins allusive.

2) On sait que le Conseil constitutionnel admet la faculté pour le législateur de prévoir des sanctions administratives à condition qu'elles respectent les exigences constitutionnelles appli-

cables à la répression pénale, et notamment *le principe de légalité des délits et des peines et le principe des droits de la défense*. On pouvait objecter à cet égard au dispositif prévu par le législateur que l'auteur du délit potentiel n'était pas en mesure de savoir avec certitude, au moment où il accepte d'embarquer un voyageur démuné des titres exigés, si l'acte qu'il accomplit est punissable ou non : la condamnation, en effet, dépendra de l'appréciation qui sera portée ultérieurement par les autorités françaises sur la situation de la personne transportée. Il manquait ainsi à la définition de l'infraction les éléments d'objectivité et de certitude constitutifs du principe de la sécurité juridique et du principe de la légalité des délits et des peines. En prévoyant par ailleurs que le transporteur serait exonéré de l'amende s'il établit que les documents requis lui ont été présentés au moment de l'embarquement, le texte semblait faire peser la charge de la preuve sur les compagnies, contrairement aux règles applicables en matière d'exercice des droits de la défense.

Aucune de ces objections n'a retenu l'attention du Conseil constitutionnel, qui se borne à constater, en ne s'aventurant pas au-delà du formalisme juridique le plus strict, que l'infraction prévue par la loi est définie en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire, conformément au principe de la légalité des délits et des peines, que l'incrimination nouvelle n'est susceptible de viser que des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi et respecte donc le principe de non rétroactivité, que le montant de l'amende n'est pas manifestement disproportionné par rapport au manquement que la loi entend réprimer et que son prononcé ne revêt pas un caractère automatique, de sorte qu'est respecté le principe de nécessité des peines, que les droits de la défense sont préservés, que la sanction peut enfin, comme toute sanction administrative, faire l'objet d'un recours de pleine juridiction et d'une demande de sursis à exécution : de sorte que l'article 3 de la loi « *n'est pas contraire aux principes de valeur constitutionnelle régissant le prononcé d'une sanction* ».

3) Les dispositions adoptées étaient enfin de nature à entraver *l'exercice du droit d'asile*. Les demandeurs d'asile, en effet, doivent, en vertu des principes généraux du droit applicables aux réfugiés tels qu'ils sont consignés dans la Convention de Genève, pouvoir pénétrer sur le territoire de l'État où ils cherchent refuge sans être munis des documents normalement exigés ; or l'instauration de sanctions à l'encontre des compagnies de transport comporte le risque non négligeable d'inciter celles-ci à refuser systématiquement d'embarquer les voyageurs démunis de passeport et de visa, et donc d'empêcher les réfugiés non seulement d'entrer sur le territoire de l'État où ils souhaitent demander l'asile, mais de quitter le pays où leur vie ou leur liberté sont menacées.

Le Conseil constitutionnel a considéré pour sa part que l'exonération du transporteur lorsque la demande d'asile n'est pas manifestement infondée constituait une parade à ce risque. Il relève en effet que cette cause d'exonération prévue par la loi, dont le juge sera amené en cas de litige à contrôler l'existence, « *a pour finalité de prévenir le risque qu'une entreprise de transport refuse d'acheminer les demandeurs d'asile au motif que les intéressés seraient démunis de vis d'entrée en France* » ; et il en conclut que les dispositions en question ne portaient pas atteinte au droit d'asile. On ne peut s'empêcher de penser que le raisonnement reste bien formaliste et qu'il ne tient guère compte de la façon dont les choses risquent de se passer concrètement : car la notion de « demande manifestement infondée » est bien trop floue, et la réserve d'interprétation selon laquelle « *cette clause d'exonération implique que le transporteur se borne à appréhender la situation de l'intéressé sans avoir à procéder à aucune recherche* » trop peu éclairante pour ôter aux transporteurs le sentiment qu'ils prennent bel et bien un risque en transportant des personnes démunies des documents exigés.

- IV -

Le projet préparé par le gouvernement tient compte sur certains points des indications données par le Conseil constitutionnel, en prévoyant l'intervention du juge judiciaire et en introduisant dans le texte la notion de demande manifestement infondée. En revanche, on peut douter que la durée maximum autorisée du maintien réponde à l'idée d'un "délai raisonnable". Dans une première mouture du projet, il était prévu la possibilité de maintenir l'étranger en zone de transit pendant une durée totale de 24 jours : 48 heures sur décision du chef du service de contrôle aux frontières, 48 heures supplémentaires sur autorisation du procureur de la République, puis 10 jours sur décision du président du tribunal de grande instance ou d'un magistrat délégué par lui, renouvelables une fois dans les mêmes conditions. Après passage devant le Conseil d'État, la durée maximum est passée de 24 à 20 jours : 48 heures sur décision du chef du service de contrôle aux frontières, renouvelables une fois ; puis, au-delà de ces quatre jours, huit jours supplémentaires sur autorisation du président du tribunal de grande instance ou d'un magistrat délégué par lui, renouvelables une fois dans les mêmes conditions, mais à titre exceptionnel dit le texte. L'expérience montre cependant qu'en la matière l'exception a très vite tendance à devenir la règle, comme l'atteste l'application de l'article 35 *bis*.

Si le président du Tribunal de grande instance refuse la prolongation du maintien en zone de transit, ou lorsque le délai du maintien est expiré, le texte prévoit que l'étranger peut entrer sur le territoire français sous couvert d'un visa de régularisation de sept jours.

Comme dans le projet initial, le maintien en zone de transit concerne indistinctement les étrangers à qui l'entrée sur le territoire a été refusée et les demandeurs d'asile en l'attente d'une décision, auxquels s'ajoutent les étrangers en transit. S'agissant des demandeurs d'asile, le texte précise qu'ils peuvent être maintenus pendant le temps strictement nécessaire « à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée ». La notion de demande manifestement infondée est donc introduite dans le texte, mais sans qu'il en soit tiré de conséquences en ce qui concerne le temps nécessaire pour y procéder. En effet, aucune limite de temps n'est fixée pour cet examen, qui pourrait donc à la limite durer 18 jours, dès lors qu'on serait sûr de pouvoir ensuite organiser le départ de l'intéressé dans les deux jours qui restent. Les demandeurs d'asile, qui peuvent être maintenus à deux titres : dans un premier temps, en tant que demandeurs d'asile, et dans un second temps, le cas échéant, en tant qu'étrangers auxquels l'accès du territoire a été refusé, seront à l'évidence les pensionnaires les plus durables de la zone de transit.

La législation projetée laisse par conséquent la porte ouverte à la perpétuation des pratiques actuelles et même à leur généralisation. Tout dépendra de l'application, extensive ou restrictive, qui en sera faite, et donc en partie de la façon dont les juges exerceront les compétences qui leur sont attribuées. Ils devront en principe, avant d'accepter la prolongation du maintien, s'assurer non seulement que cette prolongation est nécessaire pour permettre le rapatriement de l'intéressé ou pour examiner si sa demande d'asile n'est pas manifestement infondée, mais aussi vérifier que le refus d'entrer, notamment lorsqu'il est opposé à un demandeur d'asile, n'est pas lui-même infondé. Telle est du moins l'interprétation qui semble se dégager du texte, qui précise que « l'autorité administrative expose dans sa saisine [du juge] les raisons pour lesquelles l'étranger n'a pu être rapatrié ou admis ». Mais l'administration pourra facilement jouer sur les délais pour éviter le contrôle du juge sur le bien-fondé du refus d'entrer, en prenant sa décision et en la mettant à exécution entre deux saisines du juge.