

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale

Séance du jeudi 18 décembre 2025

**EXTRAIT DU REGISTRE DES
DELIBERATIONS**

AVIS

portant sur des amendements visant à remédier à la censure, par le Conseil constitutionnel,
de dispositions relatives à la rétention
NOR : INTX2522159X

Le Conseil d'Etat a été saisi le 27 novembre 2025 par le Premier ministre d'une demande d'avis portant sur des amendements visant à remédier à la censure par le Conseil constitutionnel de dispositions relatives à la rétention administrative des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement. Dans la perspective de l'examen prochain par l'Assemblée nationale d'une proposition de loi visant à améliorer la sécurité et la prévention des risques d'attentat déposée par le député Charles Rodwell, le Gouvernement souhaite recueillir l'avis du Conseil d'Etat, en application de l'article L. 112-2 du code de justice administrative, sur la conformité aux normes supérieures des amendements qu'il envisage de déposer à cette occasion.

Le Gouvernement soulève les trois questions suivantes :

1. Par sa décision n° 2025-895 DC du 7 août 2025, le Conseil constitutionnel a censuré la modification de l'article L. 742-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui étendait les cas dans lesquels la durée maximale de la rétention administrative des étrangers en situation irrégulière peut, par dérogation, être portée à cent quatre-vingt jours voire, dans certaines hypothèses, deux cent dix jours.

Le Conseil constitutionnel a jugé que, si le législateur avait poursuivi l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière, les dispositions censurées permettaient « *de maintenir un étranger en rétention pour une durée particulièrement longue sans prévoir qu'une telle mesure n'est possible qu'à titre exceptionnel* ». Il a souligné que ces dispositions s'appliquaient « *à l'étranger condamné à une peine d'interdiction du territoire, alors même que cette dernière peut être prononcée pour des infractions qui ne sont pas d'une particulière gravité, et que cette condamnation peut ne pas avoir un caractère définitif et ne pas être assortie de l'exécution provisoire* » ainsi qu'à « *l'étranger qui fait l'objet d'une condamnation définitive pour certains crimes et délits qu'elles énumèrent, sans même que l'administration ait à établir que le comportement de ce dernier, qui a exécuté sa peine, constitue une menace actuelle et d'une particulière gravité pour l'ordre public* ». Enfin, par un « *au demeurant* », il a relevé que ces dispositions étaient « *susceptibles de s'appliquer à des étrangers à l'encontre desquels la juridiction n'aurait pas estimé nécessaire de prononcer une peine d'interdiction du territoire* ».

Le Gouvernement entend, tout en tirant les conséquences de cette censure, présenter au Parlement, par voie d'amendement, de nouvelles dispositions permettant de prolonger la rétention d'étrangers condamnés pénalement et présentant un haut degré de menace pour l'ordre public.

Dans ces conditions, le Gouvernement souhaite recueillir l'avis du Conseil d'Etat sur un nouvel alinéa de l'article L. 742-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (lequel pourrait par ailleurs être amendé pour porter à nouveau la durée maximale de la rétention à deux cent dix jours), qui serait ainsi rédigé :

« Le premier alinéa est également applicable à l'étranger qui a fait l'objet d'une décision d'éloignement et qui représente une menace actuelle et d'une particulière gravité pour l'ordre public, à raison de faits d'atteintes aux personnes pénalement constatées dans le cadre d'une condamnation devenue définitive. »

Une telle disposition se heurterait-elle, dans son principe ou ses modalités, à des obstacles constitutionnels ou conventionnels ?

2. Par une décision n° 2025-1158 QPC du 12 septembre 2025, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en « *prévoyant que l'étranger dont la rétention a pris fin par l'effet d'une décision de justice est maintenu à la disposition de la justice pour une durée pouvant aller jusqu'à vingt-quatre heures avant l'appel du ministère public, sans que, dans ce délai, un magistrat du siège ne soit appelé à se prononcer sur le bien-fondé d'une telle mesure, les dispositions contestées portent une atteinte excessive à la liberté individuelle* ». Il a ainsi censuré, sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, les mots « *vingt-quatre heures* » figurant à la seconde phrase de l'article L. 743-19 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et a reporté au 1^{er} octobre 2026 la date de prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Afin de tirer les conséquences de cette censure, le Gouvernement envisage de déposer un amendement pour fixer à l'article L. 743-19 du code un nouveau délai maximal pendant lequel un étranger dont la rétention a pris fin par l'effet d'une décision de justice est maintenu à disposition de la justice afin de permettre au ministère public de former un appel.

Le Gouvernement s'interroge ainsi sur les délais de maintien à disposition de la justice d'un étranger dont la rétention a pris fin qui seraient susceptibles de respecter les exigences de l'article 66 de la Constitution.

Par sa décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, le Conseil constitutionnel avait admis, s'agissant du maintien d'un étranger en zone d'attente en dépit d'une décision contraire du juge judiciaire, que la fixation du délai à dix heures ne méconnaissait pas les exigences découlant de l'article 66 de la Constitution. Il avait toutefois relevé qu'il « ne saurait être étendu au-delà ».

Dans ce cadre, et au regard des différences d'objet des régimes de maintien en zone d'attente et de placement en rétention, le Gouvernement souhaite recueillir l'avis du Conseil d'Etat sur la question suivante : le délai de maintien à la disposition de la justice d'un étranger dont la rétention a pris fin par l'effet d'une décision de justice peut-il excéder dix heures ? Pourrait-il, le cas échéant, être fixé à douze ou seize heures dans le respect des exigences découlant de l'article 66 de la Constitution ?

3. Par une décision n° 2025-1172 QPC du 16 octobre 2025, le Conseil constitutionnel a jugé que « *faute de déterminer les limites et conditions applicables à la réitération d'un placement en rétention, le législateur n'a pas prévu les garanties légales de nature à assurer*

une conciliation équilibrée entre les exigences constitutionnelles » liées à la prévention des atteintes à l'ordre public et au respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République. Il a, par conséquent, censuré l'article L. 741-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; il a toutefois reporté les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} novembre 2026 en prévoyant que, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'à cette date, il revient au magistrat du siège du tribunal judiciaire, saisi d'un nouveau placement en rétention en vue de l'exécution d'une même décision d'éloignement, de contrôler si cette privation de liberté n'excède pas la rigueur nécessaire compte tenu des précédentes périodes de rétention dont l'étranger a fait l'objet.

Afin de tirer les conséquences de cette censure, le Gouvernement envisage de déposer un amendement pour déterminer les conditions et limites dans lesquelles un étranger peut faire l'objet de plusieurs placements en rétention sur le fondement d'une même mesure d'éloignement.

Dans ce cadre, le Gouvernement souhaite recueillir l'avis du Conseil d'Etat sur un nouvel article L. 741-7 qui serait ainsi rédigé :

« L'autorité administrative peut prendre une nouvelle décision de placement en vue de l'exécution de la même mesure si le comportement de l'étranger représente une menace pour l'ordre public, s'il s'est soustrait aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet ou en cas de circonstances nouvelles, notamment lorsqu'il n'a pas respecté les conditions de son assignation à résidence.

« Cette décision, spécialement motivée, qui tient compte des précédentes périodes de rétention dont l'étranger a fait l'objet, ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de 48 heures à compter du terme d'un précédent placement. Toutefois, si ce précédent placement a pris fin en raison de la soustraction de l'étranger aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet, l'autorité administrative peut décider d'un nouveau placement en rétention avant l'expiration de ce délai.

« Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure mentionnée au 6°, au 7° ou au 8° de l'article L. 700-I, l'autorité administrative ne peut le placer en rétention en vue de l'exécution de la même mesure plus de six fois, et la durée cumulée de la rétention n'excède pas 540 jours.

« Dans tous les autres cas, le nombre maximal de placements en rétention sur le fondement de la même mesure est de quatre, et la durée cumulée de la rétention n'excède pas 360 jours. »

Ce dispositif se heurte-t-il, dans son principe ou ses modalités, à des obstacles constitutionnels ou conventionnels ?

Le Conseil d'Etat, saisi de cette demande,

Vu la Constitution, notamment son Préambule et son article 66 ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment son article 5 ;

La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour régulier ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Vu le code pénal ;

**EST D'AVIS DE REpondre dans le sens
DES OBSERVATIONS QUI SUIVENT :**

I- Sur la question n° 1 relative à l'application à d'autres étrangers en situation irrégulière que ceux actuellement mentionnés à l'article L. 742-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile de la possibilité d'un maintien en rétention administrative au-delà de 90 jours et pour une durée maximale de 210 jours sur le fondement d'une même mesure de placement en rétention.

1. Les articles L. 741-2, L. 742-1 et L. 742-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoient que la prolongation d'une décision de placement en rétention administrative, prise par l'autorité administrative pour une durée de 96 heures, peut être décidée par l'autorité judiciaire pour une durée maximale de 26 jours, portant ainsi la durée totale de la rétention à 30 jours. L'article L. 742-4 du CESEDA liste les cas dans lesquels l'autorité judiciaire peut encore prolonger le maintien en rétention par périodes de 30 jours dans la limite de 90 jours. Par dérogation à cet article, l'article L. 742-6 du CESEDA permet à l'autorité judiciaire de prolonger cette rétention jusqu'à 180 jours, par périodes de 30 jours, pour les étrangers condamnés à une peine d'interdiction du territoire pour des actes de terrorisme ou faisant l'objet d'une décision d'expulsion édictée pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées. Aux termes de l'article L. 742-7 du même code, cette durée peut être portée par l'autorité judiciaire à 210 jours à titre exceptionnel.

2. Par une décision n° 2025-895 DC du 7 août 2025, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 742-6 du CESEDA dans leur rédaction issue de la loi n° 2025-796 du 11 août 2025 visant à faciliter le maintien en rétention des personnes condamnées pour des faits d'une particulière gravité et présentant de forts risques de récidive qui étendaient la possibilité d'un maintien en rétention jusqu'à 210 jours à de nouvelles catégories d'étrangers. Le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions méconnaissaient les exigences constitutionnelles qui découlent de l'article 66 de la Constitution, aux motifs, d'abord, qu'elles ne prévoyaient pas qu'un tel allongement ne pouvait se faire qu'à titre exceptionnel, ensuite, qu'elles étendaient la possibilité d'une telle prolongation à tous les étrangers en situation irrégulière condamnés à une peine d'interdiction de territoire, laquelle peut être prononcée pour des infractions qui ne sont pas d'une particulière gravité, ne pas avoir de caractère définitif et ne pas être assortie de l'exécution provisoire, et enfin qu'elles s'appliquaient à tous les étrangers en situation irrégulière condamnés pour l'un des crimes et délits qu'elles énuméraient, sans que l'administration ait à établir que le comportement de l'étranger en cause constituait toujours une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public.

3. Le Gouvernement s'interroge sur la possibilité, dans le cadre fixé par cette décision, d'étendre l'application des dispositions des articles L. 742-6 et L. 742-7 du CESEDA aux étrangers faisant l'objet d'une décision d'éloignement et dont le comportement représente une

menace actuelle et d'une particulière gravité pour l'ordre public, à raison de faits d'atteinte aux personnes pénalement constatés dans le cadre d'une condamnation devenue définitive.

Le Conseil d'Etat rappelle que le Conseil constitutionnel juge qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. Les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques. L'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle (décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011).

Le Conseil constitutionnel juge toutefois que le placement en rétention d'un étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire. Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. Au nombre de celles-ci figure la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire. Les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis (décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011).

4. Le Conseil d'Etat ajoute que le législateur doit également se conformer aux stipulations des conventions internationales qui garantissent la liberté individuelle, notamment l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel : « 1. *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales (...)/ f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ».

Par ailleurs, il rappelle que la rétention des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement est soumise aux dispositions des articles 15 à 17 de la directive 2008/115/CE visée ci-dessus du 16 décembre 2008. L'article 15 détermine les conditions du placement et du maintien en rétention, en les liant à la mise en œuvre d'une mesure d'éloignement si celle-ci est effectivement entreprise et peut être exécutée, en plafonnant à six mois la durée de rétention, qui peut être prolongée de douze mois si les difficultés de l'éloignement (absence de coopération de la personne retenue, retard dans l'obtention auprès de son Etat d'origine des documents nécessaires) le justifient.

5. Au regard de l'ensemble des principes rappelés précédemment, le Conseil d'Etat estime que l'objectif du Gouvernement ne peut être atteint que si l'amendement qu'il envisage repose d'abord sur le caractère exceptionnel de la mesure de prolongation de placement en rétention, d'ores et déjà affirmé par l'article L. 742-7 du CESEDA et que la prolongation ne peut être décidée que si la personne a déjà fait l'objet d'une condamnation pénale définitive pour des faits d'une certaine gravité. Il considère que peuvent être regardées comme répondant à cette exigence de particulière gravité les atteintes aux personnes que le Gouvernement entend seules retenir parmi les sanctions pénales. Le Conseil d'Etat suggère de retenir le critère, déjà utilisé pour désigner les personnes qui peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion en application de l'article L. 631-1 du CESEDA par dérogation aux protections fixées à l'article L. 631-2 du

même code, tenant à ce que la peine encourue soit d'au moins trois ans, qui assurerait une harmonisation des régimes tout en contribuant à mieux respecter les exigences posées par le Conseil constitutionnel.

Une fois constaté que la personne a fait l'objet d'une condamnation définitive pour ce type de faits, il reviendra à l'administration d'établir devant le juge la particulière gravité de la menace, qui doit, d'une part, être en lien avec les faits objets de la condamnation, et d'autre part avoir un caractère réel et actuel. Dans ces conditions, étant rappelé que la décision autorisant la prolongation ne fait jamais obstacle à ce que la personne retenue puisse à tout moment saisir le juge pour demander qu'il soit mis fin à sa rétention si les conditions - procédure d'éloignement possible et effectivement en cours, caractère particulièrement grave, réel et actuel de la menace pour l'ordre public en lien avec une condamnation définitive prononcée pour des faits d'atteinte aux personnes pour lesquelles une peine d'au moins trois ans était encourue - cessent d'être réunies, le Conseil d'Etat estime que l'amendement envisagé ne se heurterait, ainsi complété, à aucun obstacle d'ordre constitutionnel ou conventionnel. Le Conseil d'Etat note au surplus que la durée de rétention maximale de 210 jours à laquelle pourraient être soumis les étrangers concernés reste inférieure à la durée maximale de rétention de 18 mois que la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 autorise les Etats membres à mettre en œuvre dans certaines conditions.

II- Sur la question n° 2 relative à l'allongement de la durée de maintien à disposition de la justice d'un étranger à compter de la notification d'une décision judiciaire mettant fin à son placement en rétention.

6. Le Conseil d'Etat rappelle qu'il résulte des dispositions de l'article 66 de la Constitution qu'en principe, lorsqu'un magistrat du siège a, dans la plénitude des pouvoirs que lui confère son rôle de gardien de la liberté individuelle, décidé par une décision juridictionnelle qu'une personne doit être mise en liberté, il ne peut être fait obstacle à cette décision, fût-ce dans l'attente, le cas échéant, de celle du juge d'appel (décision n° 2025-1158 QPC du 12 septembre 2025, point 7).

Il note toutefois que le législateur a prévu la possibilité de maintenir les étrangers en situation irrégulière à disposition de la justice après l'intervention d'une ordonnance du magistrat du siège du tribunal judiciaire mettant fin à leur maintien soit en zone d'attente (L. 342-11 du CESEDA), soit en rétention administrative (L. 743-19 du même code). Une telle exception au principe rappelé ci-dessus, qui a pour effet de prolonger le maintien en zone d'attente ou en rétention pendant la durée de mise à disposition, répond au besoin de donner au ministère public, si telle est son intention, le temps nécessaire pour former appel contre une telle décision, et éventuellement demander au premier président de la cour d'appel compétente, sur le fondement de l'article L. 743-22 du CESEDA, d'octroyer à cet appel un caractère suspensif. L'objectif est ainsi de garantir l'effet utile de cet appel.

7. Une telle possibilité a été admise par le Conseil constitutionnel, qui en contrôle néanmoins le caractère strictement proportionné à l'objectif poursuivi. Ainsi, il a d'abord admis la constitutionnalité de dispositions prévoyant le maintien à disposition en rétention pendant une durée de 6 heures (décision n° 2011-631 du 9 juin 2011, cons 31 à 33), puis de dispositions autorisant le maintien à disposition de la justice pendant une durée maximale de 10 heures après l'intervention d'une décision mettant fin au maintien en zone d'attente, en précisant toutefois que ce maintien ne pourrait être étendu au-delà de cette durée (décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, cons 57 à 59).

Il a, à l'inverse, censuré, avec effet différé au 1^{er} octobre 2026, les dispositions de l'article L. 743-19 du CESEDA en ce qu'elles prévoient, dans leur rédaction issue de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration, le maintien à disposition d'un étranger pendant les 24 heures qui suivent la notification d'une décision du juge des libertés et de la détention mettant fin à sa rétention (décision n° 2025-1158 QPC du 12 septembre 2025). Depuis la date de cette décision et jusqu'au 1^{er} octobre 2026, la durée de maintien à disposition est de 6 heures, durée la plus longue de maintien à disposition en rétention que le Conseil constitutionnel ait jugée conforme à la Constitution.

8. Le Conseil d'Etat note que la Cour européenne des droits de l'homme, saisie de situations particulières dans lesquelles une décision de remise en liberté a été exécutée avec retard, juge qu'« *il est inconcevable que, dans un Etat de droit, un individu demeure privé de sa liberté malgré l'existence d'une décision de justice ordonnant sa libération* » (8 avril 2004, *Assanidzé c./ Géorgie*, n° 71503/01, § 173). Si un certain délai pour l'exécution d'une décision de remise en liberté d'un détenu est admissible, et souvent inévitable, les autorités nationales doivent s'efforcer de le réduire au minimum et les formalités administratives associées à la mise en liberté ne sauraient justifier un retard de plus de quelques heures (22 mars 1995, *Quinn c./ France*, n° 18580/91, concernant un retard de onze heures dans l'exécution d'une décision ordonnant de libérer le requérant « *sur-le-champ* »).

9. Le Conseil d'Etat souligne en premier lieu que le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la constitutionnalité d'un délai de maintien à disposition de la justice de 10 heures pour les étrangers placés en rétention administrative. Toutefois, au regard de la grande proximité du régime de maintien en zone d'attente et de celui de la rétention, notamment au regard de la privation de liberté qu'ils entraînent, mais aussi des contraintes similaires qui pèsent sur le parquet lorsqu'il souhaite faire appel, le Conseil d'Etat estime qu'un maintien à disposition de la justice pendant 10 heures à compter de la notification de la décision mettant fin à la rétention d'un étranger ne se heurte à aucun obstacle d'ordre constitutionnel.

En second lieu, s'agissant de la possibilité de porter cette durée au-delà de 10 heures pour les personnes placées en rétention, à 12, voire 16 heures, le Conseil d'Etat estime qu'aucune des différences, au demeurant ténues, entre le régime de maintien en zone d'attente et celui de la rétention administrative n'est de nature à permettre de considérer qu'un délai supérieur à 10 heures serait admissible au regard des exigences constitutionnelles qui découlent de l'article 66 de la Constitution, alors que le Conseil constitutionnel a jugé que ce délai ne saurait être allongé au-delà de 10 heures en cas de maintien en zone d'attente sans méconnaître les mêmes exigences. Le Conseil d'Etat considère également que la circonstance que les étrangers concernés soient entrés et se soient maintenus irrégulièrement sur le territoire français et qu'ils présentent une menace à l'ordre public ne pourrait, au regard des exigences constitutionnelles, justifier une prolongation généralisée du maintien à disposition de la justice de l'ensemble des étrangers faisant l'objet d'une décision de fin de placement en rétention. Le Conseil d'Etat note d'ailleurs que le Gouvernement n'a pas fait état, lors des travaux sur la demande d'avis, de cas dans lesquels la durée de 10 heures aurait pu aboutir à priver le parquet de la possibilité de relever appel.

10. Le Conseil d'Etat souligne que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 12 septembre 2025 citée au point 7, a jugé excessive la durée du maintien en rétention, portée à 24 heures, en raison de l'absence d'intervention d'un juge. Toutefois, il note la très grande

difficulté de créer un dispositif par lequel un juge de la liberté et de la détention interviendrait immédiatement après une décision d'un premier juge mettant fin à la rétention, pour se prononcer sur la décision de maintien à disposition, dans un délai utile pour que la mise à disposition puisse s'interrompre avant l'expiration du délai prévu par la loi tout en donnant suffisamment de garanties procédurales. Au demeurant, le Gouvernement n'envisage pas un tel dispositif.

Le Conseil d'Etat ajoute qu'un mécanisme par lequel le juge mettant fin à la rétention pourrait accorder un différé de 24 heures à l'exécution de sa décision pour faciliter l'appel du parquet ne se heurterait pas aux mêmes difficultés, pas plus que le principe d'un tel différé que le juge mettant fin à la rétention pourrait empêcher en ordonnant l'exécution immédiate de son jugement. Il revient au Gouvernement d'apprécier l'intérêt d'un tel dispositif, qui assurerait une meilleure prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

III- Sur la question n° 3 relative au régime des décisions de placement en rétention réitérées prises sur le fondement d'une même décision d'éloignement.

11. L'article L. 741-7 du CESEDA fixe une règle de délai minimum entre deux décisions de placement en rétention d'un étranger en situation irrégulière prises par l'autorité administrative sur le fondement d'une même décision d'éloignement.

Par sa décision n° 2025-1172 QPC du 16 octobre 2025, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de cet article contraires à la Constitution, avec effet différé au 1^{er} novembre 2026. En effet, s'il a admis que l'objectif de sauvegarde de l'ordre public est de nature à justifier que l'administration soit autorisée à réitérer le placement en rétention d'un étranger sur le fondement d'une même décision d'éloignement, il a jugé que ces dispositions méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution, en tant que, d'une part, elles ne prévoient pas de limite au nombre de placements en rétention administrative que l'autorité administrative peut décider sur le fondement d'une même décision d'éloignement ni de durée totale cumulée de rétention pour des placements successifs, et, d'autre part, chacun des placements réitérés au titre de la même décision d'éloignement se trouve soumis aux mêmes conditions qu'un premier placement en rétention.

Le Gouvernement, tirant les conséquences de cette décision, entend bâtir un cadre juridique pour les placements en rétention réitérés sur le fondement d'une même décision d'éloignement, conforme à la Constitution et permettant une durée cumulée la plus longue possible, jusqu'à 18 mois dans certains cas.

12. Le Conseil d'Etat note que la Cour européenne des droits de l'homme juge que le paragraphe 1 de l'article de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'oblige pas les Etats à fixer une durée maximale de rétention en attendant l'expulsion ou le contrôle judiciaire automatique de la rétention des étrangers. Le respect de délais en droit interne ne garantit pas en lui-même le respect par le système de rétention des étrangers des exigences du paragraphe 1 de l'article de la Convention (19 août 2016, *J.N. c./ Royaume-Uni*, n° 37289/12). L'existence ou l'absence de délai fixes doit être examinée à l'aune du système de rétention dans son ensemble, en tenant compte des faits particuliers de chaque espèce, et même lorsqu'un individu est resté en rétention pendant une durée indéterminée, la nécessité de garanties procédurales est déterminante (*Lazar c./ Roumanie*, n° 20183/21, 23 septembre 2024).

Le Conseil d'Etat rappelle toutefois que la durée maximale de rétention est encadrée par la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 qui autorise les Etats membres à fixer une durée pouvant aller jusqu'à 18 mois.

13. Il relève que le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la durée maximale de rétention cumulée pour la mise en œuvre d'une même décision d'éloignement. Il a, en revanche, déclaré contraires à la Constitution des dispositions qui permettaient, du fait d'une prolongation d'une mesure de placement en rétention de 12 mois, de maintenir en rétention pendant 18 mois des étrangers en situation irrégulière faisant l'objet d'une peine d'interdiction de territoire pour des actes de terrorisme ou d'une mesure d'expulsion pour un comportement lié à des activités à caractère terroriste pénalement constatées (décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011).

14. Au-delà de la question de la durée maximale de rétention cumulée envisagée, qui n'est pas une garantie procédurale en soi, et eu égard au caractère exceptionnel que doit revêtir le placement en rétention a fortiori pour de longues durées, le Conseil d'Etat estime que la constitutionnalité et la conventionnalité du dispositif dépendent étroitement des garanties dont le régime de la rétention s'accompagne afin d'assurer qu'il peut y être mis fin à tout moment si les conditions le justifiant ne sont plus remplies, et ce dès la première heure de rétention, a fortiori au fur et à mesure que la durée cumulée s'accroît.

De ce fait, il estime que la constitutionnalité et la conventionnalité d'un dispositif tel qu'envisagé, qui prévoit une durée de rétention cumulée d'au moins six mois, sont subordonnées, d'une part, à une limitation des motifs qui ouvrent la voie à ces placements successifs, et d'autre part, à ce que le régime de ces placements comporte des garanties renforcées à mesure que la durée de rétention cumulée s'allonge, notamment par une intervention régulière de l'autorité judiciaire.

15. Le Conseil d'Etat note, en premier lieu, que les dispositions envisagées ouvrent la possibilité de placer plusieurs fois en rétention sur le fondement d'une même mesure d'éloignement des étrangers en situation irrégulière qui présentent une menace pour l'ordre public, se sont soustraits à leur placement en rétention ou n'ont pas respecté une mesure d'assignation à résidence. Le Conseil d'Etat relève que ces critères devraient permettre de réitérer le placement en rétention de la majorité des étrangers ayant fait l'objet d'un placement initial. S'il estime que le choix de ces critères ne soulève pas d'objections d'ordre constitutionnel ou conventionnel, il estime en revanche nécessaire de préciser qu'ils sont appréciés à la date à laquelle l'administration prend une nouvelle décision de placement, à la lumière d'éléments actualisés, et non des seuls éléments qui ont justifié un placement en rétention antérieur. Il suggère, de ce fait, de prévoir que l'étranger doit « *toujours* » représenter une menace pour l'ordre public et que la décision d'assignation à résidence à laquelle il s'est soustrait est postérieure à son dernier placement en rétention.

Sous cette réserve et parce que les dispositions envisagées exigent que l'étranger ait été à nouveau interpellé pour prendre une nouvelle décision de placement en rétention, le Conseil d'Etat estime que le raccourcissement envisagé de la durée minimale entre deux placements en rétention à 48 heures, et dans certains cas sans délai, n'a ni pour objet ni pour effet de faciliter des placements successifs en rétention qui auraient les mêmes effets que la prolongation d'une unique mesure, pour une durée plus longue. Ces dispositions n'appellent donc pas de réserves à cet égard.

16. En second lieu, le Conseil d'Etat rappelle que la rétention administrative est un régime de privation de liberté qui n'est pas la conséquence d'une condamnation par l'autorité judiciaire, mais du maintien irrégulier d'un étranger sur le territoire français et dans l'objectif de procéder à son éloignement. Il estime de ce fait qu'à mesure que la durée de rétention, cumulée ou non, s'allonge, les garanties qui l'entourent doivent être renforcées. Une telle exigence découle tant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rappelée au point 12 que de celle, rappelée au point 4 fixée par la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, transposée en droit interne notamment à l'article L. 742-6 du CESEDA et par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 30 novembre 2009, aff. C-357/09 PPU), de l'existence d'une perspective raisonnable d'éloignement pour poursuivre la rétention, dès lors que l'écoulement du temps, *a fortiori* sur des longues périodes, est susceptible de faire évoluer l'appréciation portée sur l'existence d'une telle perspective.

En conséquence, le Conseil d'Etat estime d'abord nécessaire de limiter la durée maximale de rétention pour chaque décision de placement en rétention à partir d'un certain nombre de décisions de placement prises sur le fondement d'une même décision d'éloignement. Il estime ainsi qu'une limitation de la durée d'une mesure de placement à 90 jours pour la deuxième décision de placement, comme pour la première, puis à 60 jours pour les suivantes est de nature à renforcer la constitutionnalité du dispositif. Ces dispositions pourraient toutefois ménager une exception pour les étrangers pouvant faire l'objet des prolongations prévues à l'article L. 742-6 du CESEDA.

Le Conseil d'Etat relève également que les dispositions envisagées prévoient que les décisions de placement en rétention autres que la décision initiale sont spécialement motivées et tiennent compte des précédentes périodes de rétention dont l'étranger a fait l'objet. Il considère que cette précision est nécessaire afin que l'autorité administrative s'assure que la durée maximale cumulée de rétention n'est pas atteinte, que la décision de placement en rétention est proportionnée et qu'il existe encore une perspective raisonnable d'éloignement, appréciée notamment à la lumière du temps déjà écoulé pour tenter d'y procéder. Pour les mêmes raisons, il estime nécessaire de prévoir que le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision de placement en rétention ou d'une demande de prolongation, tient également compte de cette durée cumulée.

17. Sous les réserves exposées précédemment, le Conseil d'Etat estime que des dispositions qui limitent à 360 jours la durée cumulée maximale de placement en rétention et à cinq le nombre de décisions de placement en rétention pouvant être prises sur le fondement d'une même décision d'éloignement ne se heurtent à aucun obstacle d'ordre constitutionnel.

Il estime, en revanche, que la constitutionnalité d'une durée de rétention cumulée supérieure à 360 jours et qui pourrait aller jusqu'à la limite de 18 mois fixée par la directive 2008/115/CE citée précédemment est conditionnée, outre les garanties rappelées aux points 15 et 16, à une stricte limitation du périmètre des étrangers pouvant en faire l'objet.

Il considère à cet égard que la menace que l'étranger représente pour l'ordre public est la seule circonstance de nature à justifier les durées de rétention les plus longues et exorbitantes du droit commun. En aucun cas la durée de validité d'une mesure d'éloignement, qu'elle soit de nature administrative ou judiciaire, ne saurait justifier par elle-même un allongement de la durée de placement en rétention, cumulée ou non, puisqu'elle n'est pas toujours, en l'état du droit, fonction de la gravité de la menace que l'intéressé représente. En conséquence, le Conseil d'Etat estime que des durées de rétention cumulées supérieures à 360 jours ne sauraient

concerner d'autres étrangers que ceux qui représentent les menaces les plus graves pour l'ordre public, à l'instar de ceux visés par les dispositions des articles L. 742-6 et L. 742-7 du CESEDA, sans méconnaître les exigences qui découlent de l'article 66 de la Constitution.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 18 décembre 2025.