RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
LE DÉFENSEUR DES DROITS

Paris, le 15 janvier 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-02

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu son avis n°15-17 du 23 juin 2015 ;

Ayant les avis n°15-17 du 23 juin 2015 et n°15-20 du 2 septembre 2015 sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France ;

La Commission mixte paritaire ayant échoué le 24 novembre 2015 et le projet de loi étant inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale le 26 janvier 2016 ;

Émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Le Défenseur des droits a rendu les avis n°15-17 du 23 juin 2015 et n°15-20 du 2 septembre 2015 sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France adopté en Conseil des ministres le 30 juillet 2014.

Dans ces avis, il relevait, à titre liminaire, combien l'écart était grand entre ce texte régissant la police des étrangers et les réalités quotidiennes que vivait l'Europe au rythme des arrivées de migrants venus notamment d'Érythrée, de Syrie ou du Soudan.

Le Défenseur des droits appelait alors à ce que des réponses appropriées à ces situations soient trouvées, conformément aux principes fondateurs de nos États de droit. Il rappelait à cet égard le caractère universel du principe constitutionnel d'égalité entre ressortissants nationaux et étrangers, s'agissant de la garantie des droits fondamentaux attachés à la personne humaine.

Le contexte extrêmement particulier que vit la France depuis les attentats du 13 novembre dernier ne saurait occulter ou infléchir cet objectif. Le texte soumis à l'examen des parlementaires devrait toujours être l'occasion pour le gouvernement de défendre une véritable politique d'intégration dont l'OCDE vient de pointer le défaut.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits regrette que les améliorations apportées sur certains points non négligeables par l'Assemblée nationale aient été supprimées par les sénateurs, lesquels ont fait du projet de loi « *relatif au droit des étrangers* » un projet de loi *« portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration »*. Le Défenseur avait pourtant salué le choix du gouvernement d'évoquer une loi relative au *droit* des étrangers qui, si elle intervenait dans un domaine dans lequel le gouvernement détient un large pouvoir d'appréciation, ne pouvait toutefois pas exclure la recherche du respect des droits fondamentaux.

Le Défenseur des droits, qui avait porté des recommandations dans le sens de telles améliorations, préconise dans le présent avis que ces dernières soient réintroduites à l'occasion de cette nouvelle lecture. Il en va ainsi de l'accès facilité, pour certains étrangers, à la nationalité, à la carte de résident et au regroupement familial. Il en va également ainsi de l'intervention précoce du juge des libertés et de la détention dans le contentieux de la rétention et de l'éloignement. Par ailleurs, si le sort réservé aux malades étrangers reste préoccupant, l'évolution favorable à l'égard des accompagnants d'enfants malades, non menée à son terme, peut cependant être relevée (I).

Sur d'autres aspects en revanche, le Défenseur des droits souhaite réitérer ses recommandations qui n'ont pas été suivies notamment lorsqu'elles concernent la présence d'enfants en rétention, le droit au recours effectif en Outre-mer et les atteintes à la liberté individuelle (II).

Enfin, le Défenseur des droits évoquera certaines dispositions présentes dans le texte voté par le Sénat, parfois relayées dans d'actuelles propositions de loi qui pourraient être introduites à l'occasion du débat parlementaire alors qu'elles portent, selon lui, une atteinte excessive aux droits fondamentaux des étrangers (III).

Sommaire de l'avis n°16-02

I. RECOMMANDATIONS QUE LE DEFENSEUR DES DROITS PROPOSE A L'ASSEMBLEE NATIONALE DE REINTRODUIRE OU DE MENER A LEUR TERME

1. Droit au séjour et accès à la nationalité : un indéniable effort de sécurisation des parcours qui n'est toutefois pas mené à son terme

La pluriannualité des titres et l'accès à la carte de résident (articles 5, 9, 11)

La suppression par le Sénat de mesures protectrices à l'égard des étrangers victimes de violence conjugale ou de mariage forcé. (articles 13 quinquies et 13 sexies)

L'accès au regroupement familial et à la carte de résident des bénéficiaires de l'AAH

L'accès facilité à la nationalité pour certains étrangers ayant grandi en France

2. Intervention précoce du juge des libertés et de la détention (JLD) dans le contentieux de l'éloignement : une avancée fondamentale à préserver

3. Etrangers malades : des améliorations trop timides au regard du sort qui leur est encore réservé

L'admission au séjour et le transfert de la mission d'évaluation médicale aux médecins de l'OFII

Le statut encore trop fragile des accompagnants d'enfants malades contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant

II. RECOMMANDATIONS TENDANT A INTRODUIRE DES GARANTIES SUPPLEMENTAIRES IMPOSEES PAR LE RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL ET EUROPEEN

1. Etrangers ultramarins, le bénéfice du droit commun encore lointain

Le droit au recours effectif contre les mesures d'éloignement, une avancée indéniable mais qui reste en-deçà des exigences européennes

2. Ressortissants de l'Union européenne, une interdiction du territoire facilitée

3. Enfants privés de liberté, le piège des dispositions nouvellement adoptées

Mineurs en zone d'attente

Mineurs en centres et locaux de rétention administrative

4. Un contrôle des étrangers et une pénalisation croissante de leurs comportements

Des moyens de contrôles et de retraits des titres disproportionnés

Une pénalisation ciblée

5. Les travailleurs étrangers, un traitement inégal selon l'activité professionnelle exercée

6. L'assignation à résidence, une alternative théorique à la rétention

Un principe vidé de sa substance par les trop nombreuses dérogations : des hypothèses de placement en rétention exclues par le droit de l'Union européenne

Un cumul des deux régimes à la discrétion de l'administration plus qu'une véritable inversion des principes

a. Un placement en rétention aisé malgré l'assignation à résidence
b. Une possibilité de cumul préoccupante entre l'assignation à résidence et le placement en rétention

Les conditions de vie pendant l'assignation à résidence peu conformes aux respects des droits fondamentaux

a. Les modalités de l'AAR elles-mêmes : l'absence de prise en compte de la vulnérabilité des personnes
b. Les mesures liées à l'exécution de la décision d'éloignement :
   - L'interpellation à domicile
   - La contrainte policière pour l'obtention des documents de voyage

III. RECOMMANDATIONS TENDANT A NE PAS INTRODUIRE CERTAINES DISPOSITIONS CONTRAIRES AU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

1. Le principe de la détermination par le Parlement d'un quota d'étrangers autorisé à séjourner en France

2. Les restrictions à l'aide médicale d'Etat (AME)

I. Recommandations que le Défenseur des droits propose à l'Assemblée nationale de réintroduire ou de mener à leur terme

1. Droit au séjour et accès à la nationalité adopté par l'Assemblée nationale : un indéniable effort de sécurisation des parcours qui n'est toutefois pas mené à son terme ou a été supprimé par le Sénat

La pluriannualité des titres et l'accès à la carte de résident (articles 5, 9, 11)

En maintenant le principe de titres de séjour d'une durée de quatre ans plutôt que d'une année à l'égard de certaines catégories d'étrangers, le texte répond à une ancienne recommandation du Défenseur des droits par laquelle il s'est prononcé en faveur du développement des titres pluriannuels, qui offrent selon lui un double intérêt[1].

Du point de vue de l'administration et de la justice, ces titres permettent en effet une diminution du travail fastidieux et répétitif des préfectures, un désengorgement de leurs services, mais aussi un allègement du contentieux administratif très dense en la matière.

Du point de vue de la défense des droits des étrangers, de tels titres placent les personnes concernées dans une situation de moins grande précarité et vulnérabilité (coût, difficultés d'ordre pratique et juridique dans de nombreux domaines de la vie quotidienne).

Toutefois, le Défenseur des droits avait estimé que cette réforme n'était pertinente que si elle s'inscrivait dans un parcours d'intégration des étrangers, permettant que ces titres puissent être délivrés rapidement aux lieu et place des cartes d'un an, et sans retarder la délivrance de la carte de résident.

Sur ce point, le Défenseur avait relevé que rien dans le dispositif projeté ne garantissait que cette carte de quatre ans soit délivrée juste après la carte d'un an et permette, à son propre terme, la délivrance d'une carte de résident. En effet, en l'absence de caractère automatique et de plein droit à la délivrance de la carte de résident après cinq années de séjour régulier (c'est-à dire après un titre d'un an puis un titre de quatre ans), rien n'empêcherait une préfecture de délivrer un autre titre pluriannuel, voire un nouveau titre d'un an si l'étranger venait à changer de statut. Dans ce cadre, la mise en place de titres pluriannuels pourrait alors paradoxalement s'avérer source de complexification.

Le Défenseur des droits avait d'ailleurs rappelé que la carte de résident, d'une validité de dix ans, remplissait à elle seule les objectifs de stabilité et simplification recherchés. Or, alors qu'elle était vue au moment de sa création en 1984 comme le titre de droit commun, le point de départ et la condition à l'intégration de l'étranger qui en était titulaire, elle est aujourd'hui au contraire perçue comme le « couronnement », la « récompense » d'une intégration

[1] *« Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France »*, rapport du député Mathias FEKL en mission auprès du ministre de l'Intérieur, avril 2013.

réussie. Le durcissement de ses conditions d'octroi, dans les réformes successives tout comme dans le présent projet de loi (notamment en matière d'exigences linguistiques), en font désormais un titre très peu délivré[2].

Le Défenseur des droits avait trouvé particulièrement regrettable que des étrangers qui bénéficiaient avant 2003 de la carte de résident de 10 ans de plein droit (conjoints de Français et parents d'enfants français), se voient justement privés de l'opportunité de bénéficier de ces nouveaux titres pluriannuels d'une durée de quatre ans, remplacés par des titres de deux ans (article 11 du projet de loi créant les articles L.313-17 à L.313-18).

Lors de sa lecture à l'Assemblée nationale, le projet de loi a été amélioré sur ce point pour tenir compte de ces préoccupations.

En conséquence, au vu de ce qui vient d'être développé, le Défenseur des droits préconise :

- **La réintroduction des améliorations significatives votées par l'Assemblée nationale tendant à ce que la carte de résident soit délivrée de plein droit aux conjoints de Français et aux parents d'enfants français qui ont résidé en France pendant trois ans sous couvert de cartes de séjour annuelles ou pluriannuelles ;**

- **dans l'hypothèse où la commission ou la séance publique refuserait cette délivrance de plein droit, la délivrance de titres pluriannuels de quatre ans pour les conjoints de Français et les parents d'enfants français en supprimant la disposition de l'article 11 du projet de loi qui crée, par exception, un titre de deux ans à leur égard ;**

- **plus généralement, et dans le but de parvenir à l'objectif recherché de simplification, l'alignement de la durée des cartes pluriannuelles pour tous les étrangers concernés à quatre ans, et non pas à deux ans (cas des personnes victimes de la traite des êtres humains engagées dans une procédure de dénonciation) ou bien d'une durée variable selon les soins (cas des malades étrangers) ;**

- **la délivrance de plein droit de la carte de résident, au terme du premier titre pluriannuel, à l'étranger qui remplit toujours les conditions de son séjour.**

La suppression par le Sénat de mesures protectrices à l'égard des étrangers victimes de violence conjugale ou de mariage forcé. (articles 13 quinquies et 13 sexies)

Le Défenseur des droits déplore la suppression par les sénateurs des dispositions favorables aux victimes de violences conjugales comme la délivrance d'une carte de séjour temporaire d'une durée d'un an aux personnes menacées d'un mariage forcé bénéficiant d'une ordonnance de protection du juge aux affaires familiales (article 13 *quinquies*), tout comme le renouvellement de plein droit de la carte de séjour temporaire d'une même durée pour les victimes de violences conjugales (article *13 sexies)*.

[2] Voir avis n°15-17 du Défenseur des droits pour les chiffres de délivrance de cette carte.

Le Défenseur des droits recommande la réintroduction de ces dispositions qui contribuent à la protection de personnes - très majoritairement des femmes - en situation de très grande vulnérabilité.

L'accès au regroupement familial et à la carte de résident des bénéficiaires de l'AAH (articles 13-II-1° a) et 13 bis)

Le Défenseur des droits prend acte avec satisfaction de la modification du projet de loi par l'Assemblée nationale, maintenue par le Sénat, dans le sens de recommandations très anciennes : opposer une condition de ressources égales au SMIC aux candidats au regroupement familial et à la carte de résident - alors qu'ils sont bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) - constitue une discrimination à raison du handicap et de l'état de santé. En effet, c'est au regard du montant de cette allocation inférieur au SMIC et, partant, de leur handicap que l'accès à ces droits est refusé.

L'avancée de la loi du 20 novembre 2007 relative à l'immigration, exonérant de cette condition de ressources les bénéficiaires de l'AAH avec un taux d'incapacité de plus de 80% (et uniquement pour le regroupement familial), ne résolvait qu'une partie du problème en interdisant toujours le regroupement familial aux personnes ayant l'AAH avec un taux d'incapacité de moins de 80%. Or, si l'allocation est versée automatiquement lorsque le taux d'incapacité est supérieur ou égal à 80%, en cas d'incapacité inférieure à ce taux, l'AAH est octroyée uniquement si les intéressés démontrent qu'ils ont une restriction substantielle à l'emploi. Cela signifie que les personnes concernées, du fait de leur handicap, ne peuvent percevoir d'autres ressources que le montant de l'AAH, lequel est inférieur au seuil de ressources exigées.

Le même raisonnement peut être conduit à l'égard de la condition de ressources exigée pour la délivrance de la carte de résident en vertu de l'article L.314-8 du CESEDA, pour laquelle il n'existe à ce jour aucune exemption.

Le Défenseur des droits :

- **prend acte de ces avancées, conformément à ses préconisations et une jurisprudence en construction[3] ;**

- **demande à ce que soit menée à son terme la réforme des articles L.411-5 (concernant le regroupement familial) et L.314-8 du CESEDA (concernant la carte de résident) afin d'exonérer toutes les personnes qui, en raison de leur état de santé ou de leur handicap, ne sont pas en mesure de remplir la condition de ressources nécessaire à l'accès à ces droits : ainsi, l'article 13 bis du projet de loi doit également exonérer de la condition de ressources, pour l'octroi de la carte de résident, les bénéficiaires de l'AAH prévue à l'article L.821-2 du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire ayant un taux d'incapacité inférieur à 80% mais démontrant une restriction substantielle à l'emploi.**

[3] Voir par exemple, TA de Cergy, 18 décembre 2015, TA de Melun le 8 juillet 2011, TA de Limoges, TA de Besançon le 12 mars 2011, 24 septembre 2009, faisant suite à des observations du Défenseur des droits.

L'accès facilité à la nationalité pour certains étrangers ayant grandi en France (article 30 bis)

A l'initiative du gouvernement, l'article 30 bis du projet de loi prévoyait à l'issue du vote par l'Assemblée nationale un accès facilité à la nationalité française (par déclaration) aux enfants résidant en France depuis l'âge de 6 ans dont les frères et sœurs ont acquis la nationalité française en application des articles 21-7 et 21-11 du code civil (c'est-à-dire en raison de leur naissance et résidence en France pendant 5 ans depuis l'âge de 11 ans). Cet accès facilité est subordonné à la condition qu'ils aient suivi leur scolarité obligatoire en France dans des établissements d'enseignement soumis au contrôle de l'État.

Cette nouvelle disposition - supprimée depuis par le Sénat - visait à éviter une procédure plus lourde (par décret) à des personnes dont les frères et sœurs plus jeunes sont devenus Français sans difficulté. Pour remplir pleinement l'objectif recherché par le législateur, le dispositif pourrait toutefois encore être amélioré et favoriser plus encore l'intégration dans la société de ceux qui, ayant grandi en France et y ayant passé la quasi-totalité de leur vie, désirent acquérir la nationalité française.

D'une part, le projet de loi pourrait permettre à l'intéressé d'entamer cette démarche à partir de 16 ans, à l'instar de ce que peuvent faire les enfants étrangers nés en France et y ayant résidé. En permettant au jeune intéressé d'acquérir la nationalité française alors qu'il est encore mineur, le travail des préfectures serait simplifié puisque cela rendrait inutile la délivrance d'un titre de séjour à sa majorité (titre qui sera nécessaire à 18 ans, pendant la procédure d'acquisition de la nationalité, si le texte n'était pas amendé).

D'autre part, il serait cohérent que cette disposition prévoit que la déclaration se fasse *« auprès de l'autorité compétente »* (le greffier en chef du tribunal d'instance) et non *« auprès de l'autorité administrative »* (le préfet). En effet, dans la mesure où la souscription de nationalité pour les enfants nés en France de parents étrangers se fait devant le greffier en chef du tribunal d'instance, il serait plus pertinent en termes de lisibilité du droit que tous les membres de la famille puissent faire cette déclaration au même endroit.

Enfin, la condition liée au fait que les enfants doivent avoir suivi leur scolarité obligatoire en France *« dans des établissements d'enseignement soumis au contrôle de l'État »* revient à exclure de cette procédure facilitée d'acquisition de la nationalité les personnes ayant fréquenté des établissements privés dits « hors contrat ». Cette exclusion concernera majoritairement des personnes ayant été scolarisés dans un établissement religieux en raison de convictions propres. Or, il est difficile de comprendre en quoi cette différence de traitement pourrait être justifiée au regard de l'objectif recherché par le législateur : favoriser l'accès à la nationalité de personnes ayant grandi en France et dont les frères et sœurs sont Français. Elle serait donc susceptible de revêtir un caractère discriminatoire.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits recommande :

- **la réintroduction de ces dispositions introduisant la création de cette nouvelle procédure d'acquisition de la nationalité française, supprimée par le Sénat ;**
- **l'ouverture de cette procédure dès les 16 ans de l'intéressé ;**

- **la suppression de l'expression *« auprès de l'autorité administrative »* au profit de l'expression *« auprès de l'autorité compétente »* ;**
- **la suppression de la condition discriminatoire imposant que l'établissement scolaire fréquenté en France soit un établissement d'enseignement soumis au contrôle de l'État. Seul le fait d'avoir suivi sa scolarité en France devrait pouvoir être exigé.**

2. Intervention précoce du juge des libertés et de la détention (JLD) dans le contentieux de l'éloignement : une avancée fondamentale supprimée par le Sénat (article 15-III-3° c)

Dans ses avis n°15-17 et n°15-20, le Défenseur des droits avait pris acte avec satisfaction de cette intervention du JLD dans un délai de 48 heures qui a, depuis lors, été supprimée par le Sénat.

L'éloignement des étrangers recouvre en réalité de multiples décisions dont la légalité est contrôlée par le juge administratif (refus de séjour, décision d'éloignement, décision de placement en rétention etc.) et par le juge judiciaire (interpellation, notification des droits, respect de leur exercice effectif, nécessité de la mesure de rétention). Cette répartition des compétences résulte du fait que le juge administratif est naturellement le juge de la légalité des actes de l'administration alors qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire (ici le JLD - juge des libertés et de la détention) est le garant de la liberté individuelle et doit, de ce fait, s'assurer du caractère non arbitraire de la privation de liberté.

Depuis la loi n°2011-672 relative à l'immigration du 16 juin 2011 dite « loi Besson », l'intervention du JLD n'a lieu qu'au cinquième jour de rétention (il intervenait dans un délai de 48 heures auparavant). Dans le même temps, cette loi a imposé que le recours contre l'arrêté de placement en rétention et l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) soit contesté devant le juge administratif dans un délai de 48 heures, le tribunal devant se prononcer ensuite dans un délai maximum de 72 heures.

Dans la mesure où la décision d'éloignement peut être exécutée dès que le juge administratif a statué, ces règles ont conduit à augmenter fortement (et mécaniquement) les cas dans lesquels les étrangers sont éloignés sans que le JLD ait pu apprécier et se prononcer sur le caractère justifié et régulier de la privation de liberté. D'après le rapport annuel des cinq associations intervenant en centres de rétention, en 2014, 45,2% des étrangers retenus ont été éloignés de la métropole avant le délai d'intervention du JLD[4].

Pourtant, plusieurs textes internationaux devant lesquels la loi française devrait s'incliner imposent l'effectivité d'un recours juridictionnel contre l'atteinte à la liberté individuelle que constitue la rétention.

C'est pourquoi le Défenseur avait recommandé, à l'occasion de son audition devant le député Mathias FEKL, en avril 2013, que le JLD intervienne dans les 48 premières heures du placement en rétention.

[4] Rapport 2014 sur les centres de rétention administrative, Assfam, Forum Réfugiés, FTDA, La Cimade, L'Ordre de Malte.

En premier lieu, l'article 15 de la directive 2008/115/CE dite « directive retour » impose qu'*« un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention »* ait lieu *« le plus rapidement possible à compter du début de la rétention ».*

En second lieu, les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) sont d'une grande clarté sur la nécessité de voir le juge intervenir rapidement en matière de rétention des étrangers puisqu'aux termes de l'article 5§4 de la Convention, *« toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ».*

Or, il est difficile de prétendre que le délai de 5 jours constitue un délai suffisamment bref dans les circonstances décrites précédemment puisqu'il conduit à ce que, dans de très nombreux cas, le contrôle du juge judiciaire n'ait pas lieu du tout. A ce titre, il peut être relevé que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé qu'une garde à vue supérieure à 4 jours, sans présentation à une autorité judiciaire, était excessive[5]. Par comparaison, les étrangers privés de liberté sont présentés immédiatement devant le juge judiciaire en Allemagne, et dans un délai de 3 jours en Belgique, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

Par l'expression « légalité de la rétention » prévue par l'article 5§4 de la CEDH, il faut nécessairement comprendre que le contrôle ainsi imposé est celui de la légalité de l'*ensemble* des décisions composant la rétention, que ce contrôle appartienne au juge judiciaire ou au juge administratif car leur rôle est complémentaire.

La Commission des lois, à l'occasion du vote de la loi Besson, avait d'ailleurs pointé ce problème en écrivant : *« il aurait donc sans doute fallu, pour respecter pleinement la directive, qu'un recours complet aussi bien sur la légalité de la procédure de placement en rétention que sur la légalité de la mesure de rétention elle-même, pût être exercé en urgence. Ce ne sera pas le cas dans la nouvelle procédure, à moins que le juge administratif qui statuera désormais le premier, décide de se prononcer désormais également sur l'interpellation, la garde à vue, etc. Dans le cas contraire, un étranger pourra être éloigné alors même que la régularité de la procédure de son placement en rétention n'aura pas pu être tranchée par le JLD »*[6].

Il résulte de ce qui précède que le Défenseur des droits préconise la réintroduction dans le projet de loi de l'intervention du JLD dans le délai de 48 heures en cas de contestation de la décision de placement en rétention, en ce qu'elle constitue une avancée importante du texte.

L'absence de telles dispositions reviendrait à maintenir des dispositions législatives contraires aux garanties européennes.

[5] CEDH, 26 avril 2010, *Alici et Omak c/ Turquie*, n°57653/00.
[6] Rapport n°239 (2010-2011) sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

3. Etrangers malades : des améliorations trop timides au regard du sort qui leur est encore réservé

L'admission au séjour et le transfert de la mission d'évaluation médicale aux médecins de l'OFII (article 10-3°)

Dans ses avis n°15-17 et n°15-20, le Défenseur des droits avait salué la référence dans le projet de loi à la notion *« d'effectivité des traitements »* dans le pays d'origine pour décider de l'admission au séjour en France.

Le Sénat est revenu à la notion d'*« absence de traitement approprié »* dans le pays d'origine, créée par la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, bien moins protectrice du droit fondamental à la protection de la santé : en effet, ce n'est pas parce qu'un traitement existe dans un pays que l'intéressé pourra y avoir accès de manière effective (distance entre le lieu où le traitement peut être délivré et lieu de vie de la personne, contraintes financières concernant des traitements très onéreux). Dans deux arrêts du 7 avril 2010, le Conseil d'Etat avait lui-même considéré que dans l'appréciation de la nature et de la gravité des risques qu'entraînerait un défaut de prise en charge médicale en cas de retour dans le pays d'origine un étranger malade peut se prévaloir du fait que, même si des possibilités de traitement existent en théorie, il ne pourrait en bénéficier effectivement compte tenu de son inaccessibilité socio-économique ou de circonstances exceptionnelles liées à sa situation personnelle.

Par ailleurs, même si l'Assemblée nationale réintroduisait ces dispositions plus favorables, le Défenseur des droits craint toutefois que ce progrès soit à relativiser dans l'hypothèse d'une évaluation médicale menée par l'OFII.

En modifiant l'article L.313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« CESEDA »), l'article 10 du projet de loi ôte l'évaluation médicale aux médecins des agences régionales de santé – sous la tutelle du ministère de la Santé - pour la confier aux médecins de l'OFII sous la tutelle du ministère de l'Intérieur désormais compétent pour accorder un droit au séjour pour raisons médicales.

Dans son avis n°15-17, le Défenseur des droits a pointé les risques qu'un tel transfert comportait, notamment celui de s'éloigner de l'objectif de protection et de prévention en matière de santé (individuelle et de santé publique) pour privilégier un objectif de gestion des flux migratoires et de contrôle des étrangers.

Pour répondre à ces préoccupations, le gouvernement a fait modifier le texte de sorte que *« les médecins de l'office accomplissent cette mission dans le respect des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé ».*

Même si elle constitue une évolution positive allant dans le sens de ses recommandations, le Défenseur des droits émet certains doutes quant à la réalisation concrète de cet objectif : dans la mesure où le désengagement du ministère de la Santé en la matière était perceptible alors même que cette évaluation était sous son égide, il est difficile de concevoir comment ce dernier pourrait faire respecter ses orientations générales une fois l'évaluation passée sous la responsabilité du ministre de l'Intérieur.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits :

- **Préconise de réintroduire la référence à la notion *« d'effectivité des traitements »* dans le pays d'origine pour décider de l'admission au séjour en France ;**
- **Décide de maintenir ses recommandations initiales tendant à la suppression de la modification de l'article L.313-11 du CESEDA afin que les médecins des ARS restent les personnes compétentes pour évaluer l'état de santé des personnes en vue de l'obtention d'un droit au séjour pour raisons médicales. Il préconise en outre que cette évaluation réalisée par les médecins des ARS se fasse de manière collégiale.**

Le statut fragile des accompagnants d'enfants malades contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (article 10 bis)

Dans son avis n°15-17 du 23 juin 2015, le Défenseur avait déploré que le projet de loi reste muet sur le séjour de ces personnes dont le statut mériterait pourtant d'être réformé. Deux améliorations importantes sont à pointer, les députés ayant décidé de s'emparer de cette question et les sénateurs ayant maintenus ces évolutions (en termes cependant non conformes et qui seront donc à nouveau discutés à l'Assemblée nationale).

Ainsi que le Défenseur des droits l'a précisé dans ses deux avis, le dispositif nécessite néanmoins d'être encore amélioré.

En l'état actuel du droit, l'article L. 311-12 du CESEDA prévoit que, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, une autorisation provisoire de séjour (APS) peut être délivrée à l'un des parents étrangers d'un enfant dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale, dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, et sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire. En principe, cette APS n'autorise pas son titulaire à travailler. Des dérogations existent sur présentation d'un contrat de travail mais dans les faits, au regard de la nature précaire d'un document de séjour qui mentionne expressément ne pas autoriser à travailler, aucun employeur ne propose un tel contrat.

Le Défenseur des droits est régulièrement saisi par des parents d'enfants malades qui, en application de cet article, se voient délivrer des APS renouvelées depuis plusieurs années. A cette occasion, il peut observer que la délivrance d'un tel document ne leur conférant pas un véritable *droit* à séjourner - mais une unique *autorisation* - a des incidences sur leurs conditions d'existence peu compatibles avec l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant (absence de ressources suffisantes pour subvenir dignement aux besoins de leurs enfants, besoins pourtant particulièrement importants au regard de leur état de santé ; démarches répétitives en préfecture ; refus de séjour pour l'autre parent).

Par décision du 8 décembre 2015[7], le Cour administrative d'appel de Paris a annulé la décision refus de délivrer un titre de séjour d'un an à la réclamante accompagnant son enfant malade au motif que la délivrance d'autorisations provisoires de séjour pendant plus de trois ans porte atteinte au droit de mener une vie familiale normale en faisant obstacle à

[7] CAA Paris, n°14PA04207

l'obtention d'un logement stable et d'un emploi. La Cour a enjoint au préfet de délivrer le titre de séjour d'une durée d'une année.

Fort de cette analyse confortée par une jurisprudence solide[8], le Défenseur des droits recommande :

- **de réformer de l'article L.311-12 du CESEDA afin de contraindre le préfet à délivrer une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » sur le fondement du 7° de l'article L. 313-11 lorsque, après le premier renouvellement de l'autorisation provisoire de séjour, s'il s'avère que l'état de santé de l'enfant nécessite de longs soins en France ;**
- **à défaut, de maintenir les dispositions du projet de loi préconisant que cette autorisation provisoire de séjour soit assortie d'une autorisation de travail et qu'elle soit délivrée aux deux parents de l'enfant concerné, ce qui est davantage respectueux du droit de mener une vie familiale normale consacrée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.**

II. Recommandations tendant à introduire des garanties supplémentaires imposées par le respect du droit international et européen

1. Etrangers ultramarins, le bénéfice du droit commun encore lointain

Le droit au recours effectif contre les mesures d'éloignement, une avancée indéniable mais qui reste en-deçà des exigences européennes (article 16)

Le droit français actuellement en vigueur ne prévoit pas de recours suspensif contre les mesures d'éloignement prises à l'encontre des étrangers dépourvus de droit au séjour à Mayotte, en Guyane, à Saint-Martin, et, pour une période de 5 ans régulièrement renouvelée, en Guadeloupe et à Saint-Barthélemy (articles L.514-1 et L.514-2 du CESEDA).

Cela signifie que l'éloignement des étrangers peut être exécuté avant que le juge ait pu se prononcer sur la légalité de la décision.

Le Défenseur des droits a constaté à plusieurs reprises, par voie d'observations devant les juridictions saisies ou de recommandations générales au gouvernement, que l'absence d'une telle garantie n'était pas conforme aux exigences du droit européen (CEDH, 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c/France*, n°68780/10).

Aux termes de cet arrêt en effet, lorsque les articles 2 (droit à la vie), 3 (droit de ne pas subir de torture et de traitements inhumains et dégradants) et 8 (droit de mener une vie familiale normale) de la Convention sont invoqués ou l'article 4 du Protocole n°4 (expulsions

[8] Plusieurs juridictions avaient suivi un raisonnement en tout point comparable et ont enjoint aux préfets de délivrer une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » d'une durée d'une année et ce, indépendamment des dispositions de l'article L.311-12 du CESEDA qui permettaient au préfet de ne délivrer que des autorisations provisoires de séjour : TA Paris, 21 décembre 2012, n°1115970 ; TA Versailles, 17 avril 2015, n° 1403169 et 1403170 ; Cour administrative de Bordeaux, 30 octobre 2012 ; TA Pontoise, 5 février 2008 (n°0707506).

collectives), le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention exige que le recours soit de plein droit suspensif ou, au moins, assorti de nombreuses garanties procédurales très proches.

Le nouveau dispositif prévu par l'article 16 du projet de loi - non modifié par le Sénat sur ce point - ne confère pas de caractère suspensif à l'ensemble des recours que les étrangers peuvent introduire contre une OQTF mais seulement au référé-liberté. Il constitue en cela une indéniable avancée puisque lorsque certaines libertés fondamentales seront invoquées, le juge devra statuer avant l'exécution de l'éloignement. Il ne semble toutefois toujours pas pleinement conforme aux prescriptions de la décision *De Souza Ribeiro*.

En effet, le référé-liberté est une procédure justifiée par l'urgence par laquelle il est demandé au juge de constater que la mesure porte une atteinte grave et manifestement illégale à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Cette procédure ne permet pas au juge de s'exprimer sur la légalité de la mesure mais se borne à lui demander d'ordonner les mesures les plus urgentes afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux invoqués. Or, la jurisprudence européenne exige expressément un examen sérieux et suffisamment approfondi (*De Souza Ribeiro*, § 83).

Bien plus, les étrangers dans l'impossibilité de se prévaloir d'une atteinte à une liberté fondamentale seront toujours privés du droit à un recours effectif, dont bénéficient les étrangers partout ailleurs sur le territoire par le biais du référé-suspension et qui consiste, lui, à demander au juge d'examiner la légalité de ladite mesure.

Le gouvernement justifie ce non-alignement des règles du contentieux administratif des OQTF sur le droit commun par le risque *« d'engorgement et de paralysie des juridictions et des capacités d'action de l'autorité administrative » (étude d'impact du projet de loi).*

La Cour européenne a pourtant explicitement jugé non pertinent cet argument dans son arrêt précité, considérant qu'il appartenait aux Etats *« d'organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition »* (*De Souza Ribeiro,*§98).

Enfin, il est important de rappeler que l'effectivité du recours n'est garantie pour la Cour européenne que si l'intervention du juge est *« réelle »* afin d'éviter tout risque de décision arbitraire et si les autorités ne procèdent pas de manière expéditive à l'éloignement de la personne, ce qui rend le recours inopérant et inaccessible (§§ 93, 96).

Or, tant que les éloignements forcés seront exécutés de manière aussi expéditive, notamment à Mayotte[9], il sera le plus souvent impossible de déposer quelque recours que ce soit, suspensif ou non.

Pour ces raisons, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à la suppression du 3° de l'article L.514-1 du CESEDA pour permettre une application du droit au recours suspensif identique sur l'ensemble du territoire français et conforme aux exigences européennes.

A tout le moins, il préconise la généralisation de la possibilité prévue au 1° de l'article L.514-1 tendant à ce que la mesure d'éloignement ne puisse pas être mise à exécution avant le délai d'un jour franc à compter de la notification de cette décision. En l'état actuel du droit, cette possibilité est offerte à l'étranger dans la seule hypothèse où l'autorité consulaire le demande, ce qui reste très rare dans les faits. En généralisant ce dispositif, l'accès au juge sera moins entravé.

[9] Les placements en centre de rétention administrative, pour la quasi majorité d'entre eux, sont inférieurs à un jour.

2. Ressortissants de l'Union européenne, une interdiction du territoire facilitée (article 15-II)

L'article 15 II, en modifiant l'article L.511-3-1 et en créant l'article L.511-3-2 du CESEDA, prévoit la possibilité d'assortir une OQTF frappant un ressortissant de l'Union européenne d'une interdiction d'entrer et de circuler sur le territoire français pour une durée maximale de trois ans si l'intéressé a abusé de sa liberté de circulation ou bien s'il constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société française.

Ainsi qu'il avait été développé dans les avis n°15-17 et n°15-20, il est difficile de ne pas considérer que cette disposition vise en réalité les citoyens roumains et bulgares, d'origine « Rom » réelle ou supposée, dont le Défenseur des droits dénonce régulièrement la stigmatisation.

Au-delà de cette considération, plusieurs éléments permettent de douter de l'affirmation du ministre de l'Intérieur selon laquelle ces nouvelles dispositions seraient *« en parfaite conformité avec la directive 2004/38/CE*[10] *relative aux conditions de circulation et de séjour des ressortissants de l'Union européenne »* (exposé des motifs du projet de loi).

En effet, à la lecture de la directive, si une interdiction du territoire français semble pouvoir être prononcée, de manière très restrictive, pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique, l'OQTF ne peut en revanche pas être assorti d'une telle interdiction de territoire en cas d'abus de liberté de circulation.

L'encadrement strict de la limitation du droit d'entrée sur le territoire pour des motifs d'ordre public

L'article 27 de la directive 2004/38 précitée prévoit que les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, ces raisons ne pouvant être invoquées à des fins économiques.

Dans la mesure où il s'agit de la limitation d'une liberté fondamentale, le comportement de la personne concernée doit représenter *« une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société »* (article 27.2).

La loi du 16 juin 2011, dite « loi Besson », a repris la notion de menace à l'ordre public telle que développée par la directive et de la jurisprudence européenne pour introduire en droit français la possibilité de prendre une mesure d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant de l'Union européenne. L'article 15 II du présent projet de loi prévoit cette fois d'assortir l'OQTF pris sur ce fondement d'une interdiction de territoire.

Il convient de noter que si la loi reprend cette possibilité ouverte par le droit européen, elle devrait aussi, à cette occasion, prendre en compte les obligations fixées au 2 de l'article 27 de la directive, à savoir l'obligation de respecter le principe de proportionnalité, et la nécessité de se fonder exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné.

[10] Directive 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Ainsi, selon la directive, l'existence de condamnations pénales antérieures ne peut, à elle seule, motiver de telles mesures. Dans ce sens, la CJUE considère que la condition de l'existence d'une *« menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société »* doit, aller bien au-delà du *« trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi »* (CJCE, 10 juill. 2008, aff. C-33/07, *Jipa*).

Le principe de proportionnalité implique par ailleurs que les décisions d'éloignement et d'interdiction du territoire pour des motifs d'ordre public soient fondées exclusivement sur le comportement *personnel* de l'individu concerné. Dans ce cadre, une législation ou une pratique nationale permettant de procéder *automatiquement* à l'éloignement – et *a fortiori* de prononcer l'interdiction d'entrée sur le territoire – lorsque les citoyens ont commis un délit d'une certaine gravité, serait incompatible avec la directive 2004/38[11].

L'absence de référence, dans le projet de loi, à la notion de menace au sens du droit européen[12] est d'autant plus inquiétante que le Conseil d'Etat a considéré, dans une jurisprudence récente, qu'un ressortissant de l'Union européenne qui n'a d'autre moyen d'existence que la mendicité *« constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité publique qui constitue un intérêt fondamental de la société française »* lorsqu'elle est interpellée, sans être condamnée, pour escroquerie à la charité[13].

Ainsi le projet de loi, s'il est en apparence conforme à la directive précitée, semble néanmoins se fonder sur la notion de menace telle que développée par la jurisprudence interne plus qu'européenne. En cela, il apparait d'une part contraire au principe de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire (Voir l'arrêt Costa c. ENEL du 15 juillet 1964, aff. 6/64), et par ailleurs de nature à offrir aux intéressés des garanties juridiques moins complètes que celles prévues par le droit de l'Union européenne, qui doit pourtant primer. Enfin, en omettant de rappeler l'exigence tenant aux garanties procédurales que doivent respecter de telles mesures d'éloignement et d'interdiction du territoire, le projet de loi semble être insuffisamment précis pour être pleinement conforme aux prescriptions de la directive 2004/38.

Bien plus, le projet de loi pourrait rappeler que les mesures alternatives et moins restrictives à l'interdiction d'entrée et de circulation sur le territoire doivent être privilégiées. En effet, la restriction à la liberté de circulation sur le territoire de l'Union européenne doit rester l'exception dans la mesure où cette dernière est une liberté fondamentale du droit de l'Union et un attribut de la citoyenneté européenne, qui ne peut souffrir aucune discrimination à raison de la nationalité du ressortissant (articles 18 et 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

L'interdiction d'assortir une OQTF d'une interdiction d'entrée sur le territoire français pour des motifs autres que l'ordre public

Il est vrai que l'article 35 de la directive 2004/38 autorise les États membres à adopter les mesures effectives et nécessaires pour lutter contre les abus et fraudes en matière de libre

[11] Perrine DUMAS, *L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des Etats membres de l'Union européenne,* Bruylant 2013 (thèse de doctorat).

[12] L'ordre juridique communautaire étant autonome, le droit de l'Union ne saurait être interprété à la lumière des dispositions et jurisprudences internes (Voir l'arrêt *Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964, aff. 6/64)

[13] CE, 1er octobre 2014, n°365054.

circulation des personnes en permettant aux Etats de refuser, annuler ou retirer tout droit conféré par la directive.

Cette notion d'abus de droit ou de liberté est encore incertaine. La Commission admet qu'elle puisse, aux fins de la directive, être définie comme un comportement artificiel adopté dans le seul but d'obtenir le droit de circuler et de séjourner librement en vertu du droit communautaire et qui, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation européenne, n'atteint pas l'objectif poursuivi par cette réglementation[14].

Les mariages de complaisance sont la principale cause de fraude reconnue à ce titre mais d'autres formes d'abus de liberté de circulation sont susceptibles de se produire. Ce pourrait être par exemple le cas d'un citoyen de l'Union qui, ne parvenant pas à faire venir dans son Etat membre d'origine sa famille originaire d'un pays tiers en raison de l'application de règles nationales interdisant un tel regroupement, se rendrait dans un autre État membre dans l'unique but de contourner, à son retour dans son État membre d'origine, la législation nationale en invoquant les droits, plus favorables, que lui confère la législation de l'Union européenne en matière de rapprochement familial (voir, dans ce sens, la décision n° MLD-2014-071 du Défenseur des droits sur la discrimination à rebours dont sont victimes les conjoints de Français).

La loi précitée du 16 juin 2011 a élargi cette notion d'abus de droit au *« fait de renouveler des séjours de moins de trois mois dans le but de se maintenir sur le territoire alors que les conditions requises pour un séjour de plus de trois mois ne sont pas remplies »* ou encore au *« fait de séjourner en France dans le but essentiel de bénéficier du système d'assistance sociale ».* Aux termes de la loi Besson, cet abus de liberté de circulation peut justifier une mesure d'éloignement.

Le présent projet de loi prévoit cette fois, en son article 15 II, que cette notion puisse également fonder une mesure d'interdiction d'entrée sur le territoire.

Or, si une telle possibilité est prévue par le droit de l'Union européenne concernant l'éloignement (et bien que les conditions prévues par la loi semble plus restrictives que celles admises par la directive), elle n'est en revanche pas envisagée pour une mesure d'interdiction du territoire. L'article 15.3 de la directive 2004/38 la rejette même explicitement en affirmant que l'État membre d'accueil ne peut pas assortir la décision d'éloignement fondée sur un autre motif que l'ordre public d'une interdiction d'entrée sur le territoire[15].

En ce sens, l'article 15 II du projet de loi, qui n'a pas été modifié par les Sénateurs, s'oppose frontalement aux dispositions de la directive, contrairement à ce qu'a avancé le ministre de l'Intérieur dans l'exposé des motifs.

En conséquence, le Défenseur des droits réitère sa demande de suppression du II de l'article 15 du projet de loi créant l'article L.511-3-2 du CESEDA, afin que des ressortissants de l'Union européenne ne puissent plus être interdits de circulation sur le territoire français pour une durée maximale de trois ans au motif qu'ils auraient abusé de leur liberté de circulation ou constitueraient une menace à l'ordre public.

[14] Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres /* COM/2009/0313 final */. Voir en ce sens : CJCE, concl., 18 mai 2004, aff. C-200/02, *Chen et a. c/ Royaume-Uni*

[15] Cet état de fait est rappelé par l'auteure de la thèse précitée.

3. Enfants privés de liberté, le piège des dispositions nouvellement adoptées (article 19)

Dans son avis n°15-17, le Défenseur des droits regrettait le silence du texte sur la privation de liberté des mineurs. Dans son avis n°15-20, il a pointé les risques du nouveau dispositif mis en œuvre par l'Assemblée nationale à l'article 19 et maintenu depuis par le Sénat.

Le Défenseur des droits rappelle à cet égard que l'article 37 b) de la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE), dont l'applicabilité directe a été reconnue par le Conseil d'Etat[16], exigeait que les Etats parties devaient *« veiller à ce que nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit (…) n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible ».*

Mineurs en zone d'attente

Il résulte de cet article de la CDE et de sa consécration dans l'ordonnancement juridique français que le placement même des enfants non accompagnés en zone d'attente est critiquable. Le fait que la loi relative à l'asile qui vient d'être promulguée dispose qu'un administrateur *ad hoc* soit immédiatement désigné n'évite pas, dans les faits, que des enfants isolés se retrouvent contraints de passer plusieurs jours dans des locaux qui, quels que soient les aménagements entrepris, n'en demeurent pas moins des lieux privatifs de liberté et inappropriés à leur présence, notamment en très bas âge.

Le texte n'ayant pas été amendé sur ce point, et au regard des nombreuses difficultés qui perdurent en zone d'attente concernant ces enfants, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à la fin des privations de liberté en zone d'attente pour tous les mineurs isolés quelle que soit leur nationalité, ainsi qu'à leur admission sur le territoire en vue d'un placement aux fins d'éclaircir leur situation individuelle.

Mineurs en centres et locaux de rétention administrative (article 19)

Le Défenseur des droits a recommandé à plusieurs reprises que soit interdit le placement des mineurs en centres ou locaux de rétention. Il a par ailleurs déposé devant le Cour européenne des droits de l'Homme une tierce intervention dans le cadre de la requête *R.K. c. France* (n° 68264/14).

En inscrivant dans la loi l'interdiction de placer en rétention des parents qui sont accompagnés de mineurs, le projet de loi semble marquer une évolution importante au regard de l'intérêt supérieur des enfants.

Toutefois, ces avancées sont battues en brèche par les dérogations que le législateur a posées au respect de ce principe. Le placement en rétention, pour la durée la plus brève possible, sera ainsi possible dans les situations limitativement énumérées :

- en cas de soustraction avérée aux obligations résultant d'une assignation à résidence,
- en cas de fuite ou d'opposition, de refus à l'occasion de la mise à exécution de la mesure d'éloignement,

[16] CE, 14 février 2001, 220271 et CE, 31 octobre 2008, *OIP,* 293785.

- si l'intérêt de l'enfant le commande, aux fins de limiter les transferts, pour les seules heures précédant immédiatement le départ programmé.

Les cas de dérogations au principe de l'interdiction de présence de mineur en CRA sont proches de ceux de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 6 juillet 2012 qui, on le sait, n'empêchent pas le placement quasi quotidien de familles en CRA ou LRA.

En atteste, le constat dressé par les cinq associations[17] présentes en centres de rétention administrative selon lequel *« en 2015, 105 mineurs ont été placés en rétention avec leurs parents, soit un nombre qui a plus que doublé par rapport à l'année 2014 (45 enfants) ».*

En outre, le dernier alinéa crée une nouvelle dérogation qui n'était pas prévue par la circulaire. Sous couvert de protéger l'intérêt de l'enfant, l'administration pourra recourir au placement en rétention afin de faciliter l'exécution de la mesure d'éloignement. Ce cas de dérogation qui vient probablement légaliser une pratique administrative (placement « éclair » dans un hôtel avant le départ, ce que le Défenseur des droits a pu constater à travers les réclamations dont il a été saisi) comporte le risque d'un recours systématique au placement en rétention.

Ajoutons que faire préciser dans la loi que ces placements ont lieu *« si l'intérêt de l'enfant le commande »* est pour le moins paradoxal, tant l'intérêt supérieur de l'enfant est foulé en cas de privation de liberté au sein des centres de rétention.

En conséquence, alors que le projet de loi vise à limiter le placement des enfants en rétention, il consacre au contraire dans la loi des pratiques condamnables au regard des articles 3, 5 et 8 de la CEDH et 3-1 de la CDE.

Pour cette raison, le Défenseur des droits réitère avec la plus grande fermeté ses recommandations tendant à ce que soit inscrite dans la loi l'interdiction de recourir à la rétention des mineurs, isolés ou non, et que cette prohibition, ne souffre d'aucune d'exception.

4. Un contrôle des étrangers et une pénalisation de leurs comportements croissants (articles 8, 25 et 28 bis A)

Des moyens de contrôles et de retraits des titres disproportionnés (articles 8 et 25)

L'objectif légitime poursuivi par le projet de loi, tendant à la sécurisation du droit au séjour, se trouve fortement limité par la création de contrôles inopinés et d'une ampleur sans précédent, qui permettent à l'administration de porter une atteinte conséquente aux libertés individuelles sans qu'aucun regard de l'autorité judiciaire ne soit prévu.

En effet, pour s'assurer de la sincérité et l'exactitude des déclarations des intéressés ou de l'authenticité des pièces produites pour l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification, le préfet peut, en application de l'article 25 du projet de loi, demander toute pièce ou information, sans que le secret professionnel puisse lui être opposé (autre que le secret médical), aux :

- administrations chargées du travail et de l'emploi ;
- autorités dépositaires des actes d'état civil ;

[17] http://www.lacimade.org/communiques/5701-Enfants-en-r-tention---sombre-ann-e-2015

- organismes de sécurité sociale ;
- établissements scolaires et d'enseignement supérieur ;
- fournisseurs d'énergie, de télécommunication et d'accès internet ;
- établissements de soin publics et privés ;
- établissements bancaires et des organismes financiers ;
- greffes des tribunaux de commerce.

Le Sénat a réduit la liste initiale en supprimant des personnes à qui ces demandes peuvent s'adresser les administrations fiscales, les collectivités territoriales, les chambres consulaires et les entreprises de transport des personnes. Une telle limitation est plus protectrice et correspond à une préconisation du Défenseur dans son avis n°15-20 du 2 septembre 2015.

Toutefois, à ces contrôles s'ajoutent les dispositions de l'article 8 selon lesquelles l'étranger doit pouvoir justifier qu'il continue de satisfaire aux conditions fixées pour la délivrance de sa carte, faute de quoi son titre de séjour peut lui être retiré ou non renouvelé.

L'article 25 du texte atteste d'une forte suspicion à l'égard des étrangers et constitue une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles et au secret professionnel, notamment des travailleurs sociaux. En effet, si le secret médical est formellement garanti dans ces contrôles, les services préfectoraux pourront néanmoins demander à un établissement de soins de leur transmettre les données pertinentes qu'il détient (les *« consulter »* directement selon le texte initial).

Dans son avis n°15-17, le Défenseur des droits avait préconisé la suppression de ce dispositif ou, à tout le moins, son encadrement juridique et sa limitation dans le temps.

Dans ce sens, une nouvelle rédaction de l'article 8 du projet de loi a été proposée par l'Assemblée nationale - maintenue par le Sénat - afin, selon le rapporteur à l'Assemblée, de la rendre « *plus neutre, exprimant une moins forte méfiance envers l'étranger titulaire d'un titre de séjour* ». La suppression du terme *« à tout moment »* poursuit cet objectif, comme la simple possibilité laissée à la préfecture de procéder à ces contrôles et non plus l'obligation *(« peut procéder »* et non *« procède »*).

De même, désormais, si la préfecture décide de retirer le titre de séjour au vu des vérifications qu'elle entreprend, elle ne peut le faire que par décision motivée, après que l'intéressé a été mis à même de présenter ses observations dans les conditions prévues par la loi du 12 avril 2000 relative au droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

Toujours dans le sens des recommandations du Défenseur des droits, le texte a encadré le droit à communication reconnu à l'administration.

D'une part, il interdit à la préfecture d'accéder directement aux informations détenues par les organismes et en autorisant les étrangers concernés à demander la rectification ou l'effacement des données inexactes ou périmées (un décret en Conseil d'Etat sera d'ailleurs pris après avis de la CNIL pour déterminer les modalités d'application de l'article).

D'autre part, il limite dans le temps la conservation des données à la durée du titre et de son éventuel premier renouvellement. Par ailleurs, la demande du préfet ne peut plus être systématique mais seulement *« ponctuelle »*.

Malgré ces améliorations, le secret professionnel n'est toujours pas opposable et aucun contrôle de l'autorité judiciaire n'est envisagé.

En conséquence, le Défenseur des droits renouvelle ses recommandations tendant à supprimer le dispositif prévu aux articles 8 et 25 du projet de loi ou, à tout le moins,

que celui-ci prévoit l'opposabilité du secret professionnel et le contrôle de l'autorité judiciaire.

Une pénalisation croissante des comportements (article 28 bis A)

L'article 28 bis A du projet de loi, non prévu par le texte initial, crée une nouvelle infraction en cas d'usurpation d'un document d'identité ou de voyage.

Cette infraction sera commise si l'usurpation se fait dans le but d'*« obtenir indûment un titre, une qualité, un statut ou un avantage »,* lesquelles, formellement, peuvent concerner tant les Français que les étrangers. Toutefois, dans la mesure où cette disposition est créée dans le cadre d'un projet de loi relatif au droit des étrangers et que l'une des hypothèses de commission de l'infraction est l'usurpation aux fins d'entrer ou de se maintenir sur le territoire Schengen, il ne fait pas de doute que le projet de loi crée une infraction visant en réalité les seuls étrangers.

Cette disposition comporte un risque particulier à l'égard des jeunes étrangers isolés.

Dans les faits, ce délit pourra être constitué lorsque ces jeunes entrent en France après avoir fait des demandes de visa sous une autre identité, dans le passé, (demandes visibles par la collecte des empreintes dans le fichier visabio), ou après avoir indiqué en Italie ou en Espagne être majeurs afin d'être autorisés à poursuivre leur trajet (et échapper à des conditions de rétention très difficiles). Cette dernière hypothèse est une réalité vérifiée en Italie notamment.

Par ailleurs, à ce jour, lorsque les autorités judiciaires écartent un document attestant de la minorité d'un jeune au vu de résultats de tests osseux concluant à sa majorité, ce jeune se voit refuser une prise en charge par les services d'aide sociale à l'enfance, ce qui est déjà en soi une conséquence lourde. Avec cette nouvelle disposition, le refus de l'administration de considérer que l'acte est celui de l'intéressé pourra être interprété comme le fait pour le jeune d'avoir usurpé ce document. Ceci aura désormais une nouvelle conséquence, cumulative à la première : celle de commettre un délit.

Cette conséquence parait disproportionnée à deux égards :

D'une part, il convient de rappeler l'absence de fiabilité de ces tests qui possèdent une marge d'erreur et ne peuvent à eux seuls permettre de déterminer si l'intéressé est mineur, le doute devant lui profiter (l'article 388 du code civil, modifié en première lecture par l'Assemblée nationale dans le cadre du vote de la proposition de loi sur la protection de l'enfant l'exprime clairement).

D'autre part, le Défenseur avait pointé dans son avis n°15-20 la lourdeur de la peine qui paraissait déjà bien excessive (5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende) puisque, pour mémoire, le code pénal prévoit à l'article 226-4-1 que le fait d'usurper l'identité d'un tiers en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Or, les Sénateurs ont décidé de porter ces peines à 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque cette infraction est commise de manière habituelle.

En conséquence, le Défenseur des droits recommande la suppression de l'article 28 bis A en ce qu'il crée une infraction d'usurpation d'identité à l'égard des seuls étrangers, assortie d'une peine disproportionnée qui sera particulièrement préjudiciable aux jeunes personnes dont la minorité est contestée.

5. Les travailleurs étrangers, un traitement inégal selon l'activité professionnelle exercée

La fragilisation des travailleurs salariés en situation régulière (article 9)

Au-delà de l'absence de dispositions relatives aux droits des travailleurs en situation irrégulière et à la lutte contre le travail dissimulé, le projet de loi fragilise le statut des travailleurs salariés en situation régulière.

En effet, son article 9 - laissé quasiment inchangé par le Sénat sur ce point - modifie les dispositions de l'article L. 313-10 du CESEDA en distinguant les travailleurs selon qu'ils bénéficient d'un contrat à durée déterminée ou bien indéterminée. Ce faisant, il supprime la possibilité de délivrer aux étrangers en CDD, y compris quand celui-ci est conclu pour une période supérieure ou égale à 12 mois, la carte « travailleur salarié » pour leur attribuer un titre de séjour « travailleur temporaire » dont le régime est bien moins favorable et plus précaire à plusieurs égards.

En premier lieu, la carte de séjour « travailleur salarié » est délivrée pour une durée d'un an (même si le Sénat a modifié le texte en précisant « d'une durée maximale d'un an ») alors que la durée de la carte « travailleur temporaire » est calquée sur la durée du contrat de travail, le nom de l'employeur y étant inscrit.

En second lieu, le lien d'allégeance de l'employé à l'employeur diffère selon le titre de séjour détenu. En effet, la carte « salarié » ne lie son titulaire à son employeur que pour un an, car les conditions d'emploi ne doivent pas avoir changé pour obtenir son renouvellement ; lors du deuxième renouvellement l'étranger peut changer d'employeur et de branche d'activité sans que la situation de l'emploi lui soit opposable. En revanche la carte « travailleur temporaire » suppose que pour chaque carte délivrée, son bénéficiaire ne puisse pas démissionner, ni changer d'activité en cas de licenciement ; pour chaque carte, la situation de l'emploi lui sera systématiquement opposable.

Par ailleurs, en cas de licenciement, le renouvellement automatique de la carte de séjour pour une période d'un an est plus difficile à obtenir sous statut de travailleur « temporaire » que sous statut « salarié » car, dans ce cas, le licenciement doit être intervenu dans les trois mois précédant le renouvellement de la carte de séjour.

Enfin, la détention d'un tel titre a des conséquences sur l'accès à un droit au séjour plus pérenne et à la nationalité. En effet, aux termes de l'article 11 du projet de loi, seule la possession d'une carte de séjour « salarié » permet, lors de son renouvellement, de solliciter une carte pluriannuelle d'une durée de quatre ans. De même, l'accès à la nationalité et à la carte de résident implique que l'étranger doit prouver avoir des ressources stables et suffisantes. Or, dans la pratique, la qualité de travailleur « temporaire » fait présumer l'absence de stabilité.

Il est intéressant de mettre en parallèle, d'une part, cette régression en termes de droits sociaux et de droit à mener une vie familiale normale à l'égard de très nombreux travailleurs étrangers et l'effort de consolidation du droit au séjour des étrangers hautement qualifiés. Estimant que ces derniers ne s'installaient pas suffisamment en France, l'article 11 du projet de loi – poursuivant un mouvement initié à l'occasion de la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006

relative à l'immigration et à l'intégration – crée un « passeport talent » aux articles L.313-10 à L.313-24 du CESEDA. Ce « passeport » synthétise en réalité quatre titres de séjour préexistants et délivrés depuis plusieurs années de manière très marginale (quelques centaines par an). Pour le rendre attrayant, le texte de loi offre de nouvelles garanties aux bénéficiaires : une carte pluriannuelle d'une durée de quatre ans dès la première admission au séjour et pour leur conjoint une carte d'une même durée leur conférant une autorisation de travail.

Le Défenseur des droits recommande de supprimer, à l'article 9 du projet de loi, les dispositions modifiant l'article L.313-10 du CESEDA afin que soit maintenue la délivrance du titre de séjour « salarié » aux travailleurs étrangers qui exercent une activité salariée sous contrat à durée déterminée pour une durée supérieure ou égale à douze mois.

La nécessaire sécurisation de l'accès des mineurs isolés étrangers aux contrats d'apprentissage

L'attention du Défenseur des droits est fréquemment appelée sur les pratiques illégales de certaines préfectures qui rendent difficile l'accès aux contrats d'apprentissage et de professionnalisation des mineurs isolés étrangers (MIE) pris en charge par l'aide sociale à l'enfance (ASE).

Au regard des textes applicables, les MIE doivent détenir une autorisation de travail pour conclure de tels contrats dans le cadre de leur formation. Pour ce faire, deux possibilités s'offrent à eux.

D'une part, au regard des articles L.311-3 et L. 313-11 du CESEDA, les étrangers âgés de 16 à 18 ans, confiés à l'ASE avant leurs 16 ans, qui déclarent vouloir exercer une activité professionnelle salariée, doivent se voir délivrer de plein droit une carte temporaire d'un an autorisant à travailler.

Or, certains guichets de préfecture refusent parfois de faire application de ces textes, soit en méconnaissance de leur existence (ils considèrent que l'étranger étant mineur, les services ne sont pas tenus de lui délivrer un titre de séjour), soit en commettant une erreur d'appréciation (en considérant que le contrat d'apprentissage ou de professionnalisation n'entre pas dans la catégorie des activités professionnelles salariées prévues par le CESEDA).

D'autre part, et pour éviter d'avoir à faire face à ces défaillances, les mineurs concernés peuvent opter pour un autre choix, celui de demander, non pas la délivrance d'un titre de séjour mais seulement celle d'une autorisation de travail.

En effet, au regard de l'article L. 5221-5 du code du travail, les étrangers autorisés à séjourner en France sont simplement tenus d'obtenir une autorisation de travail s'ils veulent exercer une activité professionnelle salariée. Or, les mineurs – *a fortiori* lorsqu'ils sont pris en charge par l'ASE – sont par définition autorisés à séjourner en France, l'article 311-1 du CESEDA disposant qu'ils ne sont pas tenus de posséder un titre de séjour.

Cela signifie concrètement que, pour faciliter ses démarches, un mineur étranger pourrait s'adresser uniquement aux services de la DIRECCTE[18] de la préfecture pour obtenir cette autorisation de travail sans avoir à passer par le service – souvent engorgé – du Bureau des étrangers. En effet, selon une lecture rigoureuse des textes, s'il est nécessaire de solliciter cette autorisation, il n'est pas indispensable d'accompagner cette demande d'une demande de titre de séjour. Le fait de solliciter la DIRECCTE pour une unique autorisation de travail, sans que celle-ci doive être matérialisée par un titre de séjour, n'est pas inédit. Par exemple, lorsqu'un étranger titulaire d'une carte de séjour « commerçant / artisan » souhaite, en plus de son activité principale, exercer une activité salariée, il fait cette demande à la Direction de l'emploi et n'est pas redirigé vers les services de la préfecture compétents pour la délivrance des titres de séjour.

Cette lecture de la loi est confirmée par la note de la Direction générale de l'Emploi et de la Formation professionnelle (DGEFP) du 3 mars 2010 relative à la mise en œuvre du contrat de professionnalisation, laquelle précise que *« les ressortissants étrangers mineurs sont dispensés de titres de séjour et sont par suite éligibles au contrat d'apprentissage et de professionnalisation. Une autorisation de travail leur sera néanmoins délivrée »* (Point 6).

Les démarches de ces jeunes étrangers seraient d'autant plus facilitées que l'article L.5221-5 du code du travail dispose que cette autorisation de travail est de droit.

Pour contribuer à mettre un terme à ces défaillances portant atteinte au droit à la formation dont doivent pouvoir bénéficier les mineurs isolés étrangers, mais impactant aussi très défavorablement leur intégration, leur autonomisation ainsi que leurs perspectives d'obtenir un droit au séjour plus pérenne à la majorité, le Défenseur des droits réitère ses recommandations de l'avis n°15-20 afin que soit précisé :

- **à l'article L.311-3 du CESEDA, le fait que la carte d'un an délivrée de plein droit à l'étranger âgé de 16 à 18 ans déclarant vouloir exercer une activité professionnelle, inclut bien les contrats d'apprentissage et de professionnalisation ;**
- **à l'article L. 5221-5 du code du travail, le fait que cette autorisation de travail suffit aux mineurs pour conclure de tels contrats, sans que la détention d'un titre de séjour ne leur soit opposable.**

6. L'assignation à résidence, une alternative théorique à la rétention (articles 18 à 22)

Qu'est-ce que l'assignation à résidence en général ?

L'assignation à résidence (AAR), en matière d'éloignement des étrangers, est un dispositif par lequel l'autorité administrative compétente (le préfet, le ministre de l'Intérieur, ou exceptionnellement le juge) peut autoriser l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement à se maintenir provisoirement sur le territoire en l'assignant à résidence, lorsqu'il ne peut quitter immédiatement le territoire ou regagner son pays d'origine.

[18] Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

En d'autres termes, l'assignation à résidence est actuellement un mécanisme facultatif, moins contraignant et alternatif à un placement en centres ou locaux de rétention.

Deux régimes sont susceptibles de s'appliquer, selon que la perspective d'éloignement de l'intéressé s'inscrit à court ou moyen terme. Ils sont régis par les articles L. 561-1 et L. 561-2 du CESEDA.

L'article L.561-1 du CESEDA consacre une assignation à résidence de longue durée. Il concerne l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement mais qui se trouve dans l'impossibilité de regagner son pays ou un autre pays. Dans ce cas, l'assignation peut être prononcée pour une durée de 6 mois, renouvelable une fois ou plus, jusqu'à ce qu'il existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement. Par dérogation, cette durée maximale de 6 mois ne concerne pas les personnes frappées d'une interdiction du territoire français prononcée par le juge judiciaire ; ces dernières peuvent être assignées pour toute la durée nécessaire à leur départ.

A l'inverse, l'article L.561-2 du CESEDA concerne l'étranger dont l'éloignement constitue une perspective raisonnable à plus court terme. Il consacre une assignation à résidence de courte durée, envisagée comme une alternative possible à la rétention lorsque l'étranger présente des garanties de représentation propres à prévenir le risque de fuite. Dans ce cas, l'AAR peut être prononcée pour une durée de 45 jours, renouvelable une fois, soit une durée maximale de 90 jours.
La décision d'assigner à résidence, quel que soit le régime dont elle relève, doit être motivée[19].

La décision d'assignation à résidence produit plusieurs effets. L'étranger concerné est contraint de résider dans les lieux fixés par l'autorité administrative (domicile personnel, domicile d'un tiers, hôtel, hébergement *ad hoc* tel un camping), et doit se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie. La décision d'AAR désigne à l'intéressé le service auquel il doit se présenter, ainsi que la fréquence, qui ne peut dépasser une présentation journalière[20]. L'arrêté ministériel ou préfectoral détermine également un espace de circonscription territoriale dans lequel l'intéressé est autorisé à circuler.

Dans le but de préparer son éloignement, l'autorité administrative peut contraindre l'intéressé à remettre son passeport ou tout document d'identité aux services de police ou de gendarmerie, moyennant la délivrance d'un récépissé sur lequel figure la mesure d'éloignement en instance d'exécution.

Une autorisation de travail peut également être délivrée pendant la durée de la mesure (art. R.561-4 CESEDA) mais dans les faits celle-ci reste très peu, voire jamais délivrée.

Bien que cela soit très peu utilisé en pratique, la loi prévoit la possibilité d'assigner à résidence sous surveillance électronique mobile les parents d'enfants mineurs qui contribuent à l'entretien et à l'éducation de l'enfant depuis sa naissance ou depuis au moins

[19] Concernant spécifiquement l'assignation à résidence d'étrangers s'étant préalablement soustraits à une mesure d'éloignement, l'article L. 552-4 du CESEDA prévoit que celle-ci doit faire l'objet d'une motivation spéciale.
[20] Sauf pour les personnes faisant l'objet d'une ITF judiciaire suite à une condamnation fondée sur l'article 131-30 du code pénal, dans ce cas, la personne peut être contrainte de se présenter jusqu'à 4 fois par jour.

deux ans, et qui disposent de garanties de représentation (article L. 562-1 du CESEDA). L'AAR sous surveillance électronique ne peut intervenir qu'après accord de l'intéressé, et ne peut être prononcée que pour une durée maximale de 5 jours, renouvelable 2 fois 20 jours sur intervention du JLD.

L'assignation sous surveillance électronique peut également concerner les étrangers condamnés à une peine d'interdiction du territoire en raison d'activités terroristes (article L. 571-3 du CESEDA). Ce placement est prononcé, après accord de l'étranger, pour une durée de trois mois qui peut être prolongée pour une même durée sans que la durée totale du placement dépasse deux ans. A défaut de prolongation, il est mis fin au placement sous surveillance électronique mobile. L'étranger est astreint au port, pendant toute la durée du placement, d'un dispositif intégrant un émetteur permettant à tout moment de déterminer à distance sa localisation sur l'ensemble du territoire national.

L'assignation à résidence dans le projet de loi

Le projet de loi réforme, dans ses articles 18 à 22 bis, le régime de l'assignation à résidence dans un souci de se conformer à la directive n°2008/115/CE dite « retour » du 16 décembre 2008. Poursuivant déjà le même objectif, la circulaire ministérielle du 6 juillet 2012[21] constituait un premier pas en demandant aux préfets de privilégier la procédure d'assignation à résidence plutôt que le placement en rétention pour les parents d'enfants mineurs.

Si le projet de loi va plus loin en érigeant, de manière générale, l'assignation à résidence en principe et la rétention en exception, le régime proposé reste néanmoins insatisfaisant sur plusieurs points : il souffre en effet de trop nombreuses dérogations (1) et peut conduire à ce que l'assignation à résidence soit en réalité une mesure supplémentaire de contrainte et non alternative à la rétention (2). Le Défenseur des droits s'inquiète par ailleurs des atteintes aux droits fondamentaux que l'assignation à résidence elle-même peut impliquer (3).

1. Un principe vidé de sa substance par les trop nombreuses dérogations : des hypothèses de placement en rétention exclues par le droit de l'Union européenne

Aux termes de l'article 19 du projet de loi, lorsqu'il existe des perspectives raisonnables d'éloignement, la rétention ne peut être prononcée que si l'intéressé ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de fuite[22].

L'article 15§1 de la directive « retour » évoque ces garanties en indiquant qu'il est possible de placer un étranger en rétention administrative uniquement lorsque : *« a) il existe un risque de fuite, ou b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement ».*

[21] Circulaire relative à la mise en œuvre de l'assignation à résidence prévue à l'article L.561-2 du CESEDA, en alternative au placement des familles en rétention administrative sur le fondement de l'article L.551-1 du même code.
[22] L'existence de ces garanties étant dans le droit actuellement en vigueur, nécessaire pour assigner à résidence.

Aussi, formellement, l'article 19 du projet de loi semble conforme à l'article 15 de la directive « retour ». Pourtant, les notions de risque de fuite et d'obstruction à l'éloignement y sont définies si largement qu'elles permettent en réalité à l'autorité administrative de renoncer facilement à l'assignation à résidence au profit de la rétention.

En effet, l'article 19 du projet de loi précise que le risque de fuite doit être entendu comme celui mentionné au 3e du II de l'article L. 511-1 du CESEDA. Aux termes de cet article, le risque de fuite est présumé établi lorsque l'étranger :

- ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire et n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;
- est resté sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou un mois après l'expiration de son titre de séjour sans en avoir demandé le renouvellement ;
- s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;
- a contrefait ou falsifié un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;
- ne possède pas ou a dissimulé des documents d'identité ou de voyage en cours de validité ;
- ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment s'il ne possède de documents ou de voyage en cours de validité, s'il a dissimulé des éléments sur son identité ou s'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente.

Ces hypothèses ne sont pas rares. Il sera donc aisé de déroger au principe tenant à ce que l'assignation à résidence prévale sur la rétention, l'administration disposant alors d'un véritable choix entre les deux régimes.

Ce choix ne semble pas conforme aux prescriptions de l'Union européenne qui imposent une gradation, une progressivité des contraintes.

Dans la mesure où, pour parvenir à l'objectif d'éloignement, le droit de l'Union européenne impose de mettre en œuvre la mesure la moins coercitive et la plus respectueuse des droits fondamentaux[23], la notion de risque de fuite - qui permet de basculer dans le régime de la rétention, mesure ultime de contrainte - doit nécessairement se définir de manière restrictive. A cet égard, l'article 3§7 de la directive « retour » indique que le risque de fuite doit s'examiner au regard de la situation particulière des intéressés et sur la base de critères objectifs définis par la loi.

Alors même que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) réclame que l'appréciation du risque de fuite se fonde *« sur un **examen individuel du cas de l'intéressé** »*[24], le projet de loi reste muet sur de telles exigences.

Par ailleurs, les critères retenus par le législateur pour présumer l'existence d'un risque de fuite sont si larges qu'en pratique, l'existence du risque de fuite pourra presque toujours être

[23] Voir notamment le considérant n°16 du préambule de la directive et son interprétation par la CJUE dans l'arrêt *El Dridi* du 28 avril 2011(C−61/11 PPU) aux termes duquel *« la décision de retour ne peut être exécutée que par l'adoption de « mesures coercitives, de manière proportionnée et dans le respect, notamment, des droits fondamentaux. À cet égard, il découle du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures les moins coercitives possible. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de chaque situation spécifique, d'être compromise par le comportement de l'intéressé que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention ».*

[24] CJUE, 6 décembre 2012, *Sagor*, C−430/11, § 41.

caractérisée. Surtout, les critères retenus par le législateur vont à l'encontre de la jurisprudence développée par la CJUE sur la notion de risque de fuite.

En effet, dans une affaire concernant la prolongation du placement d'un étranger en rétention administrative, la Cour a jugé que *« le fait que le ressortissant concerné d'un pays tiers ne soit pas muni de documents d'identité »* ne constituait pas un risque suffisant justifiant cette prolongation[25] ; dès lors l'absence de documents d'identité ne semble pas suffisante pour caractériser et présumer un risque de fuite. Le projet de loi s'oppose sur ce point frontalement à cette jurisprudence.

De manière plus générale, il est intéressant de souligner que les situations dans lesquelles le projet de loi permet de présumer le risque de fuite sont des hypothèses qui avaient justement été écartées lors des débats relatifs à l'adoption de la directive « retour ». En effet, Fabian LUTZ, fonctionnaire européen rapporte dans son livre *« The Negotiations on the Return Directive »* que la version finale de la directive résulte d'un compromis entre les institutions européennes qui n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur la notion de « risque de fuite ». Certains critères, initialement défendus par la Commission et le Conseil mais contestés par le Parlement européen ont été abandonnés. Ces critères étaient :

- l'entrée illégale dans le territoire d'un Etat membre ;
- la tentative d'entrer illégalement dans le territoire d'un Etat membre ;
- le changement d'adresse sans en informer l'autorité administrative pendant la période de départ volontaire ;
- le fait pour une personne de s'être soustrait à l'exécution d'une mesure d'éloignement par le passé ou d'y avoir fait obstruction.

Dans cet ouvrage, Fabian LUTZ explique que ces présomptions très larges – et notamment les deux premières – auraient en réalité permis le prononcé quasi-systématique de refus de délai de départ volontaire et de mesures privatives de liberté. La Commission a finalement soutenu le Parlement européen sur la nécessaire approche individualisée et le rejet des présomptions légales[26].

Il en résulte que le projet de loi, en renvoyant expressément à un de risque de fuite établi sur la base de présomptions légales, est ouvertement contraire à l'esprit de la directive retour.

C'est pourquoi, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à la suppression des hypothèses de présomption de risque de fuite, ce dernier ne pouvant être établi qu'après un examen contradictoire de la situation individuelle et du comportement de l'intéressé, dans le respect de ses droits fondamentaux, et proportionnellement à l'objectif poursuivi, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

2. Un cumul des deux régimes à la discrétion de l'administration plus qu'une véritable inversion des principes

Les hypothèses larges permettant à la préfecture de privilégier la rétention conduisent à ce que ce placement puisse être décidé alors même que la personne est assignée à résidence

[25] CJUE, 5 juin 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, §70.
[26] F. LUTZ, *The Negotiations on the Return Directive : Comments and Materials*, Wolf Legal Publishers, 2010, 537 p.

et a donc, de ce fait, été considérée comme présentant des garanties suffisantes contre tout risque de fuite (a). A l'inverse, en prévoyant la possibilité d'assigner un étranger après une période de rétention, l'assignation à résidence n'apparaît résolument plus comme une mesure alternative mais bien plus comme une mesure de contrainte supplémentaire (b).

a. Un placement en rétention aisé malgré l'assignation à résidence

L'article 22, modifiant l'article L. 561-2 du CESEDA, prévoit la possibilité de placer en rétention l'étranger faisant l'objet d'une assignation à résidence si :

- l'étranger ne présente plus de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque de fuite ;
- il n'a pas respecté les prescriptions liées à l'assignation à résidence ;
- il a pris la fuite ou opposé un refus lors de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement.

S'agissant du non-respect des prescriptions liées à l'assignation à résidence, il est à noter qu'avec une formulation aussi générale, le texte ne prend pas en considération les raisons qui sont à l'origine du non-respect des prescriptions par l'intéressé, ni leur caractère exceptionnel ou au contraire répétitif (état de santé, accident, imprévu…)

Le Défenseur des droits recommande de préciser les hypothèses de placement en rétention administrative lorsque les exigences de l'assignation à résidence ne sont pas respectées, et d'exclure notamment les personnes dont le non-respect des prescriptions de l'assignation à résidence serait involontaire ou exceptionnel.

b. Une possibilité de cumul préoccupante entre l'assignation à résidence et le placement en rétention

L'article 20 du projet de loi, complétant l'article L. 554-3 du CESEDA, prévoit la possibilité d'assigner un étranger à résidence à l'issue d'une période de rétention administrative. L'assignation devient alors une mesure de contrainte additionnelle à la rétention.

Le projet de loi permet de passer de l'AAR à la rétention, ou de la rétention à l'AAR. Ces mesures deviennent alors complémentaires et non plus alternatives, ce qui est contraire à l'esprit de la directive « retour ». L'article 15 de la directive dispose en effet que « *À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour […]*». Aux termes de ces dispositions, la rétention doit rester exceptionnelle et ne peut être prononcée qu'à titre subsidiaire, lorsqu'aucune mesure moins contraignante n'est envisageable. L'articulation des régimes de l'assignation et de la rétention doit donc s'effectuer selon une logique alternative et non pas cumulative.

Le Défenseur des droits réitère ses demandes quant à la suppression de l'article 20 du projet de loi, afin que l'assignation à résidence soit une réelle alternative à la rétention et non pas une mesure de contrainte supplémentaire.

3. Les conditions de vie pendant l'assignation à résidence peu conformes aux respects des droits fondamentaux

Tant les modalités de l'assignation à résidence elles-mêmes (a) que les mesures propres à l'exécution de la décision d'éloignement (b) sont susceptibles de poser problème au regard du respect des droits fondamentaux si le Sénat n'amendait pas le texte examiné.

a. Les modalités de l'assignation à résidence elles-mêmes

○ *L'absence de prise en compte de la vulnérabilité des personnes*

Aucune disposition dans le projet de loi n'est de nature à mettre un terme à certaines pratiques portées à la connaissance du Défenseur des droits et qui paraissent pourtant contestables au regard du respect des droits fondamentaux.

Premièrement, les lieux de l'assignation ne sont pas toujours appropriés puisque les intéressés peuvent être assignés dans un camping, loin des centres de vie – école, magasins d'alimentation, etc. (cas de ressortissants tchétchènes demandeurs d'asile placés sous procédure Dublin et renvoyés vers la Pologne). Ailleurs, ce sont les conditions de salubrité et d'hygiène des hôtels qui sont mises en cause (présence de punaises notamment).

Deuxièmement, le périmètre de l'assignation peut varier d'une personne à l'autre dans la même région (il peut concerner la commune, le canton ou le département).

Troisièmement, les modalités de pointage des intéressés sont particulièrement critiquables puisque, pour exemple, une femme enceinte de 8 mois devait parcourir plus d'un kilomètre à pied plusieurs fois par semaine pour se conformer aux arrêtés. D'autres personnes ont dû parcourir jusqu'à 4 kilomètres à pied, sans que les services de la préfecture ne s'interrogent sur leur état de santé. Dans le même sens, plusieurs arrêtés d'AAR, concernant différentes préfectures, imposent aux parents assignés à résidence de se rendre avec leurs enfants au commissariat, parfois plusieurs fois par semaine et sans prise en compte des horaires scolaires.

Le Défenseur des droits estime que la présence de mineurs dans les commissariats est contraire au principe au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), non seulement en raison du fait qu'il s'agit de lieux qui ne sont en rien adaptés à cette présence, mais également en raison de l'atteinte au droit à l'éducation que cela implique, atteinte contraire à différents textes internes et européens (préambule de la Constitution de 1946, article L.131-1 du code de l'éducation, article 2 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme).

Parfois, il faut encore ajouter à ces contraintes la multiplication d'auditions et de convocations hors pointages - non prévues par l'arrêté d'assignation à résidence - visant à obtenir des informations complémentaires en vue d'organiser l'éloignement effectif.

A certains endroits, les forces de l'ordre disposent de pass pour s'introduire dans les centres d'hébergement et les utilisent quotidiennement pour notifier des convocations. Or, depuis plusieurs années, se sont multipliées les interpellations illégales au domicile des intéressés

en vue de procéder à un éloignement immédiat ou à un placement en centre de rétention, sans sommation. Certaines familles ont en effet été témoins d'interpellations d'autres étrangers qui ne s'étaient pas préparés matériellement à l'éloignement.

La présence fréquente des forces de l'ordre dans les centres d'hébergement – évoquant l'hypothèse d'un éloignement à tout moment – est alors de nature à créer un sentiment d'angoisse permanent chez des familles parfois présentes en France depuis plusieurs années.

C'est d'ailleurs ce sentiment de très grande insécurité et vulnérabilité qui conduit parfois certaines familles à élaborer des « stratégies » de contournement en cachant leurs enfants chez des amis, des voisins, afin d'éviter un éloignement inopiné. Et c'est à cette même stratégie que les préfectures répondent en obligeant les enfants à se rendre au commissariat avec leurs parents, l'éloignement pouvant alors être exécuté à ce moment précis puisque la famille est réunie.

Les moyens déployés pour parvenir à cet objectif paraissent bien disproportionnés au regard du droit de mener une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, au regard de l'article 3-1 de la CDE, doit primer sur toute autre considération.

Or, le projet de loi ne se limite pas à rester silencieux sur la prohibition de telles pratiques. Il va bien au-delà en consacrant la possibilité – jusque-là interdite – d'interpeller à domicile (cf. partie b ci-après).

Par ailleurs, bien qu'il existe une jurisprudence embryonnaire sanctionnant les pratiques les plus attentatoires aux droits fondamentaux, les modalités d'assignation à résidence décrites ci-dessus demeurent pourtant aujourd'hui difficilement contestables, les intéressés n'osant pas introduire de recours par crainte d'être considérés comme ne respectant plus les modalités d'assignation et, de ce fait, placés en rétention.

Le Défenseur des droits renouvelle ses préconisations tendant à ce que soient inscrites dans la loi :

- **la nécessaire prise en compte de la vulnérabilité des personnes assignées à résidence dans le choix des modalités de cette assignation ;**

- **l'interdiction de contraindre les enfants à accompagner leurs parents au moment des pointages ;**

- **l'impossibilité de recourir à une mesure d'éloignement à l'occasion d'un pointage au commissariat.**

b. Les mesures liées à l'exécution de la décision d'éloignement :

- ***L'interpellation à domicile***

L'article 22 II du projet de loi permet à l'autorité administrative de demander au juge des libertés et de la détention (JLD) l'autorisation de recourir aux services de police ou de gendarmerie pour interpeller l'intéressé à son domicile, ou pour lui notifier la décision de placement en centre de rétention si le départ immédiat est impossible.

Or, le domicile fait l'objet d'une protection particulière en droit français et européen. Selon la jurisprudence constante de la CEDH, le domicile s'entend comme le lieu où une personne réside de façon permanente ou avec lequel elle a des liens suffisants et continus[27] et recouvre donc tous les lieux où l'étranger peut être assigné à résidence.

L'inviolabilité du domicile se fonde sur le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 9 du code civil et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle est également l'un des aspects de la liberté individuelle, inscrite à l'article 66 de la constitution.

L'inviolabilité du domicile trouve des exceptions strictement définies par le droit pénal[28] : l'intrusion des forces de l'ordre dans le domicile n'est possible que pour les crimes et les délits flagrants (articles 53 et suivants du Code de procédure pénale) ou dans le cadre d'enquêtes préliminaires pour les perquisitions, les visites domiciliaires et les saisies de pièces à conviction ou de biens (article 76 du même code). Une autre exception à l'inviolabilité du domicile, strictement encadrée, concerne les procédures civiles d'exécution puisque le droit de créance, attribut du droit de propriété garanti à l'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH, peut s'articuler avec le droit au respect de la vie privée énoncé à l'article 8.

La suppression du délit de séjour irrégulier par la loi du 31 décembre 2012, qui supprime la possibilité de placer en garde à vue des étrangers au seul motif de l'irrégularité de leur séjour, conformément à la jurisprudence européenne[29] reprise par la Cour de cassation[30], conduit à ce que l'interpellation et l'éloignement des étrangers en séjour irrégulier ne relèvent plus du droit pénal mais exclusivement du droit administratif. Dans un tel contexte, autoriser le recours à une mesure profondément attentatoire à la liberté individuelle et principalement admise dans le domaine pénal pour procéder à l'éloignement de l'étranger apparait manifestement disproportionné au regard de l'objectif poursuivi.

Par ailleurs, outre le caractère manifestement disproportionné que revêtirait l'ouverture de la possibilité de recourir à l'interpellation à domicile pour éloigner un étranger, il apparaît que les délais prévus par le projet de loi pour l'intervention du juge sont très courts puisque le JLD saisi par requête statue dans les 24 heures. Son rôle dans la procédure reste ainsi formel, sans qu'il n'exerce aucun réel contrôle de fond. Il se limite en effet à *s'assurer « du caractère exécutoire de la décision […] et de l'obstruction volontaire de l'étranger à ladite exécution, dûment constatée par l'autorité administrative »*. Eventuellement, le juge peut « *se déplacer sur les lieux pour veiller au respect des dispositions légales* ». Cette intervention ne semble pas conforme aux exigences constitutionnelles aux termes desquelles *« l'intervention de l'autorité judiciaire doit être prévue pour conserver à celle-ci toute la responsabilité et tout le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* »[31]

Par ailleurs, l'article 22 prévoit que l'ordonnance ayant autorisé la visite est exécutoire pendant quatre-vingt-seize heures au seul vu de la minute. L'article précise qu'à défaut de notification possible à l'intéressé, cette ordonnance pourra être notifiée à l'occupant des lieux. Or, si le Conseil d'Etat a jugé que la décision administrative individuelle défavorable entre en vigueur à compter de sa notification[32], encore convient-il de s'interroger sur le

[27] Voir par exemple CEDH, 18 novembre 2004, *Prokopovich c. Russie*, req. n° 58255/00, §36.
[28] La loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015 prolongeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 2015 relative à l'état d'urgence est sans impact sur ces dispositions de droit commun.
[29] CJUE, 28 avril 2012, *El Dridi*, aff.C-61/11 PPU et CJUE, 6 décembre 2011, *Achughbadian*, aff. C-329/11
[30] Cass. 1ère civ. 5 juill.2012, n°11-19.250 ; Cass 1ère civ, 5 juillet 2012, n°11-30.371 ; Cass 1ère civ, 5 juill. 2012, n°11-30.530.
[31] Conseil constitutionnel, Décision du 29 décembre 1983, §28.
[32] CE, Section, 19 décembre 1952, *Mattéi*, n° 7133.

destinataire de cette notification. Pour être valable, la notification doit en principe être faite à l'intéressé ou à son mandataire. En prévoyant la notification de l'ordonnance de placement en rétention administrative à l'« occupant des lieux », le projet de loi ne garantit pas une notification réelle de l'ordonnance à l'intéressé.

Le souci d'efficacité d'éloignement du territoire, en vertu duquel est admis le recours à la force publique, prime donc ici largement sur les garanties matérielles et procédurales, qui apparaissent, de fait, résolument insuffisantes. La procédure décrite au II de l'article 22, quand bien même elle encadre la procédure applicable (intervention du JLD, créneau horaire entre 6h et 21h pour l'interpellation de l'intéressé à son domicile par les forces de l'ordre), est disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi et contraire au droit au respect de la vie privée et familiale, en ce qu'elle consacre une approche pénale de l'interpellation de l'étranger, prohibée par le droit européen.

Le Défenseur réitère ses recommandations tendant à la suppression de l'article 22 II afin d'exclure la possibilité d'interpellation de l'intéressé à son domicile.

○ *La contrainte policière pour l'obtention des documents de voyage*

L'article 18 du projet de loi, en créant un article L. 513-5 dans le CESEDA, prévoit que l'étranger assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du même code qui refuse, sans motif légitime, de se présenter aux autorités consulaires de son pays pour solliciter un document de voyage, peut se faire conduire par les services de police ou les unités de gendarmerie en vue de cette démarche.

Cette disposition est surprenante à plusieurs titres. Elle suppose tout d'abord que les autorités consulaires délivrent effectivement des documents de voyage tels que des passeports ou des laissez-passer. Or, tel n'est pas toujours le cas. De plus, l'escorte policière ne serait possible que jusqu'à l'entrée des locaux des autorités consulaires en raison de l'inviolabilité des lieux consacrée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires[33]. A l'intérieur des locaux, l'intéressé ne peut être réellement contraint de solliciter les documents requis. Cette disposition n'offre donc aucune efficacité à l'obtention réelle des documents de voyage, et ne peut qu'être perçue comme une mesure d'intimidation injustifiée.

Outre ces doutes relatifs à l'efficacité d'une telle mesure, le texte implique la possibilité de contraindre toute personne à entrer elle-même en contact avec les autorités de son pays, ce qui inclut notamment les personnes déboutées de leur demande d'asile, et dont les autorités savent qu'elles ont introduit de telles demandes.

Or, d'une part, le fait d'être débouté du droit d'asile n'exclut pas tout risque de se voir exposé à des traitements inhumains et dégradants dans son pays d'origine, traitements prohibés par l'article 3 de la CEDH. Rappelons à cet égard que la CEDH admet « *qu'un risque d'agissements prohibés par l'article 3 peut se heurter lui-même à ce texte s'il est suffisamment réel et immédiat* »[34]. Ainsi, la prise de contact forcée avec les autorités consulaires de son pays alors que l'on a préalablement dénoncé des agissements répréhensibles de la part de ce même Etat, est susceptible d'être contraire à l'article 3 de la

[33] Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963, *JORF* n°0091 du 18 avril 1971, p. 3739.
[34] CEDH, 25 février 1982, *Campbell et Cosansc. Royaume-Uni*, n°7511/76 et 7743/76.

Convention européenne des droits de l'Homme, notamment au regard des risques de représailles qui peuvent être à craindre.

Bien que l'article 18 permette à l'intéressé d'invoquer un « *motif légitime* » pour refuser d'entrer en contact avec les autorités consulaires de son pays, l'article ne précise pas quel motif peut être considéré comme tel. Le texte fait en outre peser sur l'intéressé la charge de démontrer qu'il ne peut entrer en contact avec les services consulaires.

Le Défenseur des droits renouvelle ses préconisations de suppression du premier alinéa du nouvel article L. 513-5 du CESEDA, introduit par l'article 18 du projet de loi en ce qu'il est susceptible d'être contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

III. Recommandations tendant à ne pas maintenir certaines dispositions introduites par le Sénat, contraires au respect des droits fondamentaux

1. La détermination par le Parlement du nombre d'étrangers admis à séjourner en France (article 1er A)

Le Sénat a introduit une nouvelle disposition tendant à ce que le Parlement détermine *« le nombre des étrangers admis à s'installer durablement en France, pour chacune des catégories de séjour à l'exception de l'asile ».* Les demandes de visas long séjour pourront, sur ce fondement, être refusées si le nombre d'étrangers autorisés à être admis sur le territoire est atteint.

S'il est heureux que les étrangers devant bénéficier d'une protection au titre de l'asile soient exclus de ce « quota » d'étrangers admis à séjourner en France, cette disposition n'en heurte pas moins d'autres droits fondamentaux. Certaines catégories d'étrangers ne peuvent se voir exclus *a priori* d'un droit au séjour avant tout examen de leur situation.

Il en va ainsi principalement des étrangers malades dont le refus de séjour peut, dans certaines hypothèses, s'apparenter à un traitement inhumain ou dégradant si la pathologie est d'une exceptionnelle gravité alors que le traitement n'est pas disponible dans son Etat d'origine.

Il en va aussi et surtout des conjoints d'étrangers dont le séjour ne saurait être subordonné à la fixation d'un quota dans la mesure où, dans le cadre du regroupement familial, ils doivent pouvoir bénéficier du droit de mener une vie familiale normale consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la Constitution.

Il en résulte que le Défenseur des droits préconise la suppression de l'article 1er A du projet de loi relatif à la détermination par le Parlement du nombre d'étrangers admis à séjourner en France.

2. La création d'une aide médicale d'urgence restreinte et soumise à un droit d'entrée (article 13 *octies*)

Le Sénat a supprimé l'aide médicale d'Etat (AME) à l'égard des personnes en situation irrégulière au profit d'une « aide médicale d'urgence » dont la prise en charge serait limitée au traitement des maladies graves et douleurs aiguës, aux soins liés à la grossesse, aux vaccinations réglementaires et aux examens de médecine préventive. L'accès à cette couverture médicale restreinte serait en outre subordonné à un droit d'entrée annuel dont le montant serait fixé par décret.

Indépendamment de la question du bienfondé ou non de la mesure projetée, le Défenseur des droits estime que des dispositions relatives à la protection maladie des migrants – qu'ils aient ou non un droit au séjour – n'ont pas de place dans une loi relative à la maitrise de l'immigration.

Etablir un lien entre l'accès aux soins et la maîtrise des flux migratoires sous-tend l'idée que la « générosité » d'un tel dispositif conduirait à renforcer les flux migratoires illégaux en créant un « appel d'air ». Cette idée est porteuse de risques en matière de santé publique, peu respectueuse du droit au respect de la dignité humaine et ne repose en outre sur aucun élément sérieusement établi.

Au contraire, plusieurs études tendent à montrer que le besoin de soins est une cause d'immigration tout à fait marginale. Selon une enquête menée par Médecins du Monde, rapportée par l'Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE), seuls 6% des personnes concernées citent la santé comme l'un des motifs de migration. Concernant le VIH, une pathologie qui concernerait un tiers des bénéficiaires de l'AME, 94% des séropositifs auraient découvert leur maladie après leur arrivée en France, selon une étude du Comité Médical pour les Exilés (Comede) réalisée en 2009.

Sur le fond de la mesure, l'instauration d'un droit d'entrée pour l'accès à la couverture maladie - ayant existé entre 2011 et 2012 - a montré ses limites et ses dangers.

En premier lieu, toute barrière financière pour l'accès à une protection maladie opposée aux personnes démunies[35] conduit à des renoncements aux soins portant atteinte au droit fondamental à la protection de la santé consacré par plusieurs normes de droit international et interne, lesquelles imposent pourtant aux autorités des obligations positives, notamment en matière d'égal accès aux soins pour tous.

En second lieu, au-delà de ces renoncements, la mise en place d'une telle franchise a eu pour effet d'allonger le délai moyen d'instruction des demandes d'AME et de retarder encore l'accès aux soins.

Ce retards dans la prise en charge médicale induisent une dégradation de l'état de santé des intéressés et *de facto* un surcoût pour la collectivité lié à un recours supplémentaire à l'hôpital au titre des soins urgents et vitaux ou bien à des créances non recouvrées par les hôpitaux. C'est en raison de ce surcoût pour la collectivité que le rapport de l'Inspection

[35] Pour mémoire, pour percevoir l'AME, l'étranger doit disposer de revenus mensuels inférieurs à 720 euros

générale des finances (IGF) et de l'Inspection générale des Affaires sociales (IGAS) de novembre 2010 n'avait pas recommandé la mise en œuvre d'un tel droit d'entrée[36].

Il en résulte que le Défenseur des droits préconise la suppression de l'article 13 *octies* du projet de loi relatif à la création d'une aide médicale d'urgence soumise à un droit d'entrée.

[36] IGF et IGA, *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'aide médicale d'Etat,* novembre 2010