

Paris, le 17 mai 2018

---

**Avis du Défenseur des droits n°18-14**

---

**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 ;

Auditionné le 17 mai 2018 par le rapporteur de la commission des lois du Sénat, sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie,

émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits,

Jacques TOUBON

# Plan de l'avis

---

## Table des matières

---

Introduction .....	4
<b>I. Procédure d'asile et accès aux conditions matérielles d'accueil .....</b>	<b>6</b>
1. Un objectif de célérité confinant à un traitement expéditif des demandes au détriment des garanties procédurales des demandeurs.....	6
a) Remarques liminaires sur l'objectif d'accélération du traitement des demandes et les moyens retenus pour l'atteindre .....	6
b) Analyse des dispositions du texte et recommandations du Défenseur des droits .....	7
c) Une amélioration s'agissant du délai de recours contre une décision de transfert « Dublin »	17
2. L'accès aux conditions matérielles d'accueil fragilisé par des mesures de contrôles intensifiées.....	17
a) Modifications relatives à l'hébergement directif des demandeurs d'asile .....	17
b) Echanges d'information entre le SIAO et l'OFII concernant les demandeurs d'asile et les bénéficiaires d'une protection.....	20
<b>II. Lutte contre l'immigration irrégulière .....</b>	<b>24</b>
1. Un renforcement sans précédent des moyens coercitifs mis au service de la lutte contre l'immigration irrégulière.....	24
a) La modification du régime de la retenue pour vérification du droit au séjour.....	24
b) Augmentation de la durée maximale de rétention à 90 jours .....	27
c) Procédures de non admission aux frontières terrestres et suppression du délai d'un jour franc y compris pour le mineur non accompagné .....	29
2. Un amoindrissement significatif des garanties procédurales de l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement.....	31
a) Elargissement des hypothèses dans lesquelles l'OQTF ne pourra être contestée que dans un délai de 48 heures (OQTF sans délai de départ volontaire) .....	31
b) Elargissement des possibilités de procéder à la tenue d'audiences par visioconférence ....	34
3. Un durcissement notable des sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des étrangers .....	38
a) Modification du régime de l'interdiction de retour sur le territoire français (IRTF) .....	38
b) Modification de certaines sanctions pénales spécifiques aux étrangers .....	40
<b>III. Séjour et Intégration.....</b>	<b>43</b>
1. Quelques améliorations mais parfois inabouties en matière de droit au séjour.....	43
a) Séjour des bénéficiaires d'une protection internationale et des membres de leur famille ....	43
b) Protection des victimes de violences conjugales et familiales .....	49
c) Refonte des régimes du Titre d'identité républicain (TIR) et du Document de circulation pour étranger mineur (DCEM) .....	52
d) Remplacement de l'autorisation provisoire de séjour « étudiant en recherche d'emploi » par une carte de séjour d'un an .....	53

e)	Extension du titre de séjour « passeport talent » à de nouvelles catégories d'étrangers .....	55
f)	Habilitation à réformer le CESEDA par voie d'ordonnance pour créer un titre de séjour unique « salarié » et simplifier le régime des autorisations de travail .....	55
g)	De nouvelles dispositions introduites par l'Assemblée nationale visant à sécuriser le séjour de certaines catégories d'étrangers .....	56
h)	La possibilité pour les services de l'Education nationale de procéder à l'accueil provisoire d'un enfant dans une école du 1 <sup>er</sup> degré en cas de refus du maire de procéder à son inscription .....	58
2.	... nuancées par de nouvelles restrictions guidées par une logique de suspicion et susceptibles d'affecter l'effectivité de certains droits fondamentaux.....	59
a)	Le sort des parents d'enfants français .....	59
b)	Les conditions de délivrance de la carte « visiteur ».....	67
<b>IV.</b>	<b>Des occasions manquées de renforcement des droits .....</b>	<b>70</b>
1.	Mettre fin à la rétention administrative des mineurs .....	70
2.	Mettre véritablement un terme à la sanction de la solidarité.....	71
3.	Elargir l'accès au service civique à tous les jeunes étrangers en situation régulière ..	73

# Introduction

---

Le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif - devenu, après son passage en commission des lois, le projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie - apparaît reposer sur deux postulats que le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de dénoncer.

**En premier lieu**, l'idée que l'Europe – et la France – aurait affaire à une situation de « *crise* » et qu'il y aurait donc, en réponse à une situation extraordinaire, urgence à légiférer.

Les statistiques publiées par l'Institut national d'études démographiques (Ined) et l'Institut national de la statistique économique (Insee) démentent cette analyse. Le solde migratoire de la France se révèle en effet être sensiblement le même depuis près de 40 ans. Certes, le nombre d'entrées et de sorties varie d'une année à l'autre. Toutefois, ces variations ne sauraient être assimilées à une « *crise* » nécessitant une modification immédiate des textes.

Depuis la fin des années 1970, la législation relative au droit des étrangers a déjà connue près de trente réformes. Le droit interne de l'asile a été profondément réformé il y a moins de trois ans, avec la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015. Plus récemment encore, la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 apportait des modifications significatives au droit du séjour et de l'éloignement des étrangers en France. Parmi ces nouvelles dispositions, certaines – comme celles relatives aux étrangers malades – sont entrées en vigueur il y a à peine un an. Alors que les effets de ces récentes réformes ne sont pas encore pleinement déployés, il y a tout lieu d'interroger la nécessité d'un nouveau projet de loi.

Dans son avis n°394206 relatif au présent projet de loi, le Conseil d'Etat relevait ainsi que « *s'emparer d'un sujet aussi complexe à d'aussi brefs intervalles rend la tâche des services chargés de leur exécution plus difficile, diminue sensiblement la lisibilité du dispositif* ».

L'opportunité d'un nouveau texte se pose enfin avec une particulière acuité au regard du contexte européen dans lequel il intervient. Tandis que des incertitudes demeurent sur le contenu de la réforme du règlement dit « Dublin » actuellement en cours au niveau des instances de l'Union, des négociations se poursuivent en effet sur de nombreux règlements ayant une incidence sur la situation des étrangers<sup>1</sup> et qui, pour la plupart, seront d'application directe dans les Etats membres.

**En second lieu**, le Défenseur des droits relève que toute la dynamique du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale semble portée par l'idée qu'une politique d'accueil des réfugiés digne et humaine impliquerait d'opérer une distinction entre « vrais » demandeurs d'asile et migrants dits « économiques ». Or, une telle distinction est inopérante dans les faits – les causes de l'exil sont toujours multifactorielles – et conduit à jeter le discrédit, sur l'ensemble des étrangers dont ceux suspectés d'être de faux demandeurs d'asile et qu'il conviendrait d'éloigner le plus rapidement, le plus « efficacement » possible du territoire français. Ainsi, le Défenseur des droits constate que l'ensemble du présent projet de loi adopté par l'Assemblée nationale est sous-tendu par une logique de suspicion tendant à faire primer des considérations répressives au détriment des droits les plus fondamentaux des étrangers.

---

<sup>1</sup> Règlement qualification réformant la directive 2003/109/CE ; proposition de directive sur les conditions d'accueil, proposition de règlement instituant un cadre de l'Union pour la réinstallation, proposition de création de l'Agence européenne pour l'asile, refonte du règlement relatif à la création d'Eurodac.

En matière d'asile d'abord, les mesures envisagées par le gouvernement pour atteindre l'objectif annoncé de célérité de traitement des demandes s'inscrivent dans une logique de pénalisation et de sanction des demandeurs d'asile, confinant à un traitement expéditif des demandes au détriment des droits des demandeurs d'asile et des garanties procédurales qui leur sont dues (Partie I).

A côté de ces atteintes au droit d'asile, lesquelles conduiront à multiplier le nombre de « déboutés », le Défenseur des droits constate que la même logique répressive tend à légitimer un renforcement inédit des moyens coercitifs mis au service de la lutte contre l'immigration irrégulière et de l'éloignement du territoire français (Partie II).

En matière de séjour enfin, le Défenseur des droits relève que les améliorations prévues par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, souvent liées à la nécessité de transposer des textes européens et parfois inabouties, doivent être nuancées par la mise en œuvre de nouvelles restrictions susceptibles de porter de graves atteintes au droit au respect de la vie privée et familiale, notamment d'étrangers qui, en leur qualité de membre de famille de Français, devraient pourtant faire l'objet d'une protection renforcée (Partie III).

Pour conclure, le Défenseur des droits estime que, puisque ce projet de texte existe, il pourrait être l'occasion de supprimer de l'ordonnancement juridique plusieurs dispositions contraires aux droits fondamentaux et d'en préciser d'autres, aux fins de permettre une meilleure intégration des étrangers régulièrement présents sur notre territoire (Partie IV).

Ayant pris connaissance du courrier adressé à la Commission des lois de l'Assemblée nationale par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, le Défenseur des droits relève que celui-ci partage plusieurs des réserves formulées dans le présent avis, en particulier s'agissant des mesures envisagées en matière d'asile. Le Commissaire porte également, à l'instar du Défenseur des droits, la recommandation tendant à qu'il soit mis fin à la rétention des mineurs.

# I. Procédure d'asile et accès aux conditions matérielles d'accueil

---

## 1. Un objectif de célérité confinant à un traitement expéditif des demandes au détriment des garanties procédurales des demandeurs

### a) Remarques liminaires sur l'objectif d'accélération du traitement des demandes et les moyens retenus pour l'atteindre

L'amélioration des délais de traitement de la demande d'asile était l'un des objectifs principaux du « plan migrants » présenté par le gouvernement en juillet 2017. Si le Défenseur des droits ne peut que souscrire à cet objectif naturellement louable, il rappelle néanmoins que sa mise en œuvre doit passer par l'engagement de moyens financiers conséquents. A défaut, la recherche d'un traitement accéléré des demandes d'asile risquerait de contribuer à un affaiblissement des droits et garanties des demandeurs d'asile regrettable au regard de la situation de particulière vulnérabilité qui est la leur. A cet égard, le Défenseur des droits souhaite, à titre liminaire, réitérer les mises en garde qu'il avait formulées dans son avis n° 17-09 relatif au projet de loi de finances pour 2018.

***L'amélioration des délais de traitement de la demande d'asile ne devrait pas passer par une réduction excessive des délais de procédure devant l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) et la Cour nationale du droit d'asile (CNDA).*** En effet, l'examen de la demande d'asile par l'OFPRA ne peut, du fait même de sa nature, être enserré dans des délais trop courts. Il doit ainsi être laissé au demandeur un temps raisonnable pour lui permettre de rassembler d'éventuels éléments de preuves et de constituer un récit en français. De même, l'entretien doit laisser suffisamment de temps au demandeur pour lui permettre d'exposer des faits psychologiquement éprouvants à relater. Il ne saurait être expéditif ou enserré dans des délais tels qu'ils priveraient le demandeur d'un accompagnement utile. A cet égard, il y a lieu de rappeler que la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 dite « Qualification » demande aux Etats membres d'instruire les demandes d'asile qui leur sont soumises dans un esprit de « coopération » avec le demandeur. A l'article 4 point 3 de la directive, il est précisé que l'examen individuel d'une demande de protection internationale suppose de tenir compte de « *tous les faits pertinents concernant le pays d'origine au moment de statuer sur la demande, y compris les lois et règlements du pays d'origine et la manière dont ils sont appliqués* ». Là encore, ces vérifications supposent qu'un temps suffisant soit réservé à l'instruction de la demande. De la même manière, le délai octroyé à la CNDA pour statuer doit permettre à la Cour d'exercer pleinement son office. A cet égard, il y a lieu de rappeler qu'en vertu de l'article R.733-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), la Cour peut prescrire toute mesure d'instruction qu'elle jugera utile à l'examen de la requête (expertise de pièces, enquêtes auprès de l'Office, d'ambassades, d'ONG, etc.) et que ses actes d'instruction sont soumis au principe du contradictoire. L'instruction des requêtes requiert dès lors un temps incompressible que la Cour estimait, lors de la dernière réforme de l'asile, à trois mois. L'objectif d'accélération du traitement des demandes d'asile doit tenir compte de ces délais pour ne pas conduire à une justice expéditive.

***En revanche, les délais pour accéder à la procédure d'asile doivent être réduits à tout prix.***

Depuis sa création, le Défenseur des droits n'a de cesse de relever les difficultés rencontrées par les demandeurs d'asile pour accéder à la procédure.

En réponse à la saturation du dispositif national d'accueil, la loi du 29 juillet 2015 a donné lieu à une importante réforme de la procédure d'asile. Celle-ci devait permettre d'améliorer l'accueil des demandeurs et de mettre le droit interne en conformité avec les exigences du droit européen. Ainsi, depuis 2015, un premier accueil des demandeurs d'asile (PADA) est effectué par des prestataires externes chargés principalement de prendre rendez-vous avec le guichet unique d'accueil des demandeurs d'asile (GUDA). Ce guichet, qui réunit les agents des préfectures et de l'OFII, est chargé d'enregistrer les demandes d'asile.

Conformément aux dispositions de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 dite « Procédure », l'article L.741-1 du CESEDA prévoit que l'enregistrement de la demande d'asile doit avoir lieu, au plus tard, trois jours après la présentation de la demande, ce délai pouvant être porté à dix jours lorsqu'un nombre élevé d'étrangers demande l'asile en même temps.

Or, au vu des réclamations qui lui sont soumises, le Défenseur des droits constate que, très souvent, ces délais ne sont pas respectés. Il est ainsi fréquent de relever des délais d'attente de plusieurs mois. Outre qu'ils contreviennent aux droits européen et interne, ces délais conduisent à maintenir en situation irrégulière des personnes en quête d'une protection internationale, les exposant au risque d'être interpellées et éloignées vers des pays où elles craignent pour leur vie. Faute de pouvoir faire enregistrer leur demande, ces personnes ne peuvent accéder aux conditions matérielles d'accueil telles que garanties par le droit européen (hébergement, allocation pour demandeur d'asile (ADA), accès au marché du travail au bout de neuf mois) et se trouvent, de ce fait, maintenues dans des conditions de dénuement contraires à la dignité humaine et susceptibles de caractériser des traitements inhumains ou dégradants prohibés par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention EDH). Sur ce point, les annonces gouvernementales récentes d'ouverture de plusieurs centres d'accueil et d'examen des situations (CAES) à Paris et en Ile-de-France, si elles vont dans le sens d'un meilleur traitement des exilés, risquent néanmoins de soulever d'autres difficultés (cf. *infra*).

Dans ces circonstances, le Défenseur des droits constate avec regret que les dispositions du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale visant à accélérer le traitement des demandes d'asile ne tiennent pas compte des mises en garde rappelées ci-dessus. Au contraire, l'ensemble des mesures envisagées s'inscrit dans une logique de pénalisation et de sanction des demandeurs d'asile, tendant ainsi à un amoindrissement particulièrement inquiétant de leurs garanties procédurales. Avant d'aborder plus en détail l'ensemble des mesures envisagées, le Défenseur des droits souhaite donc exprimer sa profonde hostilité quant à l'esprit général du texte, lequel confine à un traitement expéditif des demandes, sans égard pour les besoins de protection particuliers qu'appelle la prise en charge d'un public par essence vulnérable.

**b) Analyse des dispositions du texte et recommandations du Défenseur des droits**

***Sur la réduction du délai de dépôt de la demande d'asile — Art. 5-I 1 ° et 38-I 3° du PJJ***

En l'état actuel du droit, l'article L.723-2 du CESEDA prévoit que l'OFPPRA statue en procédure accélérée sur la demande d'asile qui lui est soumise lorsque l'autorité en charge de l'enregistrement de la demande constate que, « *sans motif légitime, le demandeur qui est entré irrégulièrement en France ou s'y est maintenu irrégulièrement n'a pas présenté sa*

demande d'asile dans le délai de cent vingt jours à compter de son entrée en France ». Le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoit de réduire ce délai à 90 jours. Des dispositions spéciales sont en outre prévues pour la Guyane, où le délai sera réduit à 60 jours.

A titre liminaire, il y a lieu de relever que la possibilité d'accélérer l'examen de la demande d'asile lorsque « *le demandeur est entré ou a prolongé son séjour illégalement sur le territoire de l'État membre et, sans motif valable, ne s'est pas présenté aux autorités ou n'a pas présenté une demande de protection internationale dans les délais les plus brefs compte tenu des circonstances de son entrée* » est expressément prévue par l'article 8 h) de la directive « Procédure ». Toutefois, la directive ne fixe pas de délai maximal au-delà duquel il y aurait lieu de supposer que la demande présente un caractère tardif. Aussi, le droit interne semble sur ce point aller plus loin que ce qu'exige le droit européen en prévoyant une « présomption de tardiveté » pour les demandes déposées au-delà du délai de 120 jours.

Le Défenseur des droits considère qu'une telle présomption est susceptible de favoriser une certaine automaticité des placements en procédure accélérée, au détriment de l'examen des circonstances particulières que les droits européen comme interne imposent de faire.

Or, les garanties afférentes à cette procédure sont bien moindres que celles qui se rattachent à la procédure normale. En particulier, l'OFPRA doit, dans ce cadre, statuer en 15 jours. Ainsi qu'il l'a été développé plus haut, un tel délai ne permet pas de mener une instruction approfondie de la demande d'asile.

Dès lors, le Défenseur des droits ne peut que regretter l'orientation retenue par le gouvernement et adoptée par l'Assemblée nationale qui, pour accélérer le traitement de la demande d'asile, fait ouvertement le choix d'amoindrir les garanties procédurales des demandeurs. Ce choix, qui va directement à l'encontre des mises en garde formulées par le Défenseur des droits dans son avis n°17-09 précité, soulève d'autant plus de difficultés qu'il intervient dans un contexte de saturation du dispositif national d'accueil. Dans ce cadre, rien ne garantit qu'il ne sera pas procédé à des placements injustifiés en procédure accélérée lorsque la personne en quête d'une protection internationale n'aura pas, du fait de la saturation du dispositif, pu déposer sa demande dans le délai imparti sans toutefois pouvoir justifier de ses tentatives infructueuses.

S'agissant plus particulièrement du délai de 60 jours prévu pour la Guyane, le Défenseur des droits souhaite rappeler, à titre liminaire, ses réserves quant au droit d'exception développé dans le CESEDA pour l'Outre-mer. A plusieurs reprises, il a formulé des recommandations tendant à l'alignement du droit ultramarin sur le droit commun, considérant que le traitement moins favorable réservé à l'Outre-mer était injustifié. De la même manière, le Défenseur des droits considère que le délai spécial prévu par le texte pour la Guyane ne se justifie pas au regard de l'état du dispositif d'accueil guyanais. En effet, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation faisant suite à la décision du Préfet de Guyane de fermer temporairement ce dispositif pour faire face à la situation de saturation qu'il rencontrait. Il a, dans ce cadre, présenté des observations devant le Conseil d'Etat saisi en référé (Décision MSP-2016-262 du 13 octobre 2016). Si la situation semble s'être améliorée depuis, il n'en demeure pas moins que la réclamation précitée témoigne de l'état de tension dans lequel se trouve le dispositif d'accueil guyanais. Dans ces circonstances, le Défenseur des droits considère que la réduction à 60 jours, pour la Guyane seulement, du délai dans lequel la demande d'asile doit être déposée, serait particulièrement inopportune.

**Considérant que l'ensemble des dispositions du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale visant à réduire le délai au-delà duquel une demande d'asile peut être regardée comme tardive conduira à une augmentation significative et non**

souhaitable des placements en procédure accélérée, le Défenseur des droits en recommande l'abandon.

Par ailleurs, le Défenseur des droits considère que la rédaction actuelle de l'article L.723-2 du CESEDA pourrait être modifiée pour préciser le caractère seulement facultatif du placement en procédure accélérée en cas de demande tardive et la nécessité de procéder à un examen approfondi de la situation individuelle et des circonstances qui ont pu entraver le dépôt de la demande d'asile dans un délai raisonnable.

### *Sur la modification des modalités d'exercice du droit du demandeur d'asile à être entendu dans une langue qu'il comprend — Art. 7 2° du PJJ*

En l'état actuel du droit, l'article L.723-6 du CESEDA prévoit que l'OFPPRA entend le demandeur d'asile « *dans la langue de son choix, sauf s'il existe une autre langue dont il a une connaissance suffisante* ». Il s'agit là d'une transposition des exigences européennes en matière d'asile. La directive « Procédure » précise en effet que « *chaque demandeur devrait avoir un accès effectif aux procédures, pouvoir coopérer et communiquer de façon appropriée avec les autorités compétentes afin de présenter les faits pertinents le concernant, et disposer de garanties de procédure suffisantes pour faire valoir sa demande à tous les stades de la procédure* » (considérant 25). Pour cela, elle rappelle à plusieurs reprises le droit du demandeur à être entendu et à recevoir la communication des informations qui le concernent « *dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend* ».

Or, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale apporte des restrictions notables à l'exercice de ce droit du demandeur d'asile à être entendu dans une langue qu'il comprend. Il est ainsi prévu qu'au stade de l'enregistrement de sa demande, il sera précisé à l'étranger les langues dans lesquelles il peut être entendu par l'OFPPRA. Il devra alors indiquer la langue dans laquelle il préfère être entendu et sera informé que ce choix lui sera opposable pendant toute la durée de la demande, y compris en cas de recours devant la CNDA. S'il refuse de choisir ou si sa demande ne peut être satisfaite, il pourra être entendu dans une langue dont il a une connaissance suffisante. Conformément à l'avis n°394206 rendu par le Conseil d'Etat sur le projet de loi, il est ajouté que les dispositions précitées ne font pas obstacle à ce que le demandeur puisse être entendu en français et que la contestation du choix de la langue de procédure ne pourra intervenir qu'à l'occasion du recours devant la CNDA.

Le Défenseur des droits estime que les modifications envisagées par le projet de texte vont à l'encontre de l'esprit du texte européen rappelé ci-dessus dès lors qu'elles risquent de compromettre l'accès effectif du demandeur d'asile à la procédure. Il regrette qu'une fois encore, le gouvernement retienne, pour réduire les délais de procédure, une option tendant, d'abord et avant tout, à pénaliser le demandeur d'asile en affaiblissant ses garanties procédurales. En tout état de cause, le Défenseur des droits doute de l'efficacité d'une telle mesure au regard du but recherché. Il constate en effet que l'étude d'impact du projet de loi ne donne aucune donnée précise permettant de quantifier les répercussions qu'emportent actuellement, sur les délais de traitement de la demande d'asile, les changements de langue en cours de procédure supposés dilatoires.

**Le Défenseur des droits estime que la modification des modalités d'exercice du droit du demandeur d'asile à être entendu dans une langue qu'il comprend envisagée par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale emporte un amoindrissement des garanties de procédure du demandeur particulièrement excessif au regard de l'objectif qu'il poursuit. Dans un souci de conformité à l'esprit des textes européens,**

**lesquels imposent de garantir au demandeur d'asile un accès effectif aux procédures, en leur donnant les moyens de pouvoir coopérer et communiquer de façon appropriée avec les autorités compétentes, le Défenseur des droits recommande l'abandon des dispositions portant cette modification.**

*Sur la modification des modalités de notification de la convocation OFPRA (par tout moyen) — Art. 5 du PJJ*

L'article 5 contient plusieurs dispositions tendant à élargir les modalités de notification des courriers de l'OFPRA. Ainsi, l'office pourra convoquer le demandeur d'asile à l'entretien « *par tout moyen* ». En outre, toutes les décisions de l'office pourront être notifiées « *par tout moyen garantissant la confidentialité* ». Il s'agit ainsi de permettre la notification des décisions de l'OFPRA par voie dématérialisée (message téléphonique ou courriel). Or, un tel élargissement des voies de notification des décisions de l'OFPRA peut s'avérer problématique au regard de la situation de précarité dans laquelle se trouve de nombreux demandeurs d'asile : certains n'ont pas d'accès direct à l'Internet, d'autres partagent un même téléphone. Aussi, faute de garanties précises, l'exigence de confidentialité rappelée dans le texte risque de demeurer un vœu pieux. Par ailleurs, l'Assemblée nationale a adopté une garantie supplémentaire à celle de confidentialité : la garantie de « *réception personnelle par le demandeur* », ce qui correspond à une préconisation du Défenseur des droits. Toutefois, il conviendrait de préciser dans le texte de loi la façon dont cette réception personnelle va être assurée.

Il y a lieu de rappeler en effet, sur ce point, les réserves formulées par le Conseil d'Etat dans son avis n°394206. La Haute juridiction précise que si la notification des décisions de l'OFPRA « *par tout moyen* » ne soulève pas de critiques dans son principe, « *le plus grand soin devra toutefois être apporté au choix des moyens techniques de sorte qu'une notification par voie dématérialisée ne puisse être opposée que dans la mesure où il est démontré qu'elle a été opérée personnellement et qu'il est possible de garder une trace tant des opérations de notification que, le cas échéant, de la prise de connaissance par l'intéressé* ». Le Conseil d'Etat considère qu'à défaut de telles garanties, « *la combinaison d'un délai très bref avec des modalités incertaines de notification pourrait être regardée comme portant atteinte au caractère équitable de la procédure* ».

C'est pourquoi, en l'occurrence, les formulations retenues par le projet de loi ne permettent pas d'assurer concrètement l'effectivité des garanties demandées par le Conseil d'Etat.

**Le Défenseur des droits recommande que l'amélioration du texte opérée par les députés soit maintenue par les sénateurs et précise, pour ne pas être purement formelle, la manière dont le demandeur d'asile sera assuré de ne pas se voir opposer une décision dont il n'aura pas eu connaissance. Sans cette garantie, le caractère équitable de la procédure d'asile risque d'être compromis.**

S'agissant de la procédure devant l'OFPRA, l'Assemblée nationale a prévu une nouvelle disposition tendant à ce que le demandeur d'asile en situation de handicap puisse être accompagné d'un personnel de santé qui le suit habituellement ou du représentant d'une association d'aide aux personnes en situation de handicap. L'article L.723-6 du CESEDA, issu de la réforme de l'asile de juillet 2015, réservait cette possibilité aux avocats et associations de défense des droits de l'Homme, des enfants, des étrangers.

**Le Défenseur des droits recommande que soit maintenue la possibilité, pour un demandeur d'asile en situation de handicap, de bénéficier d'un accompagnement spécifique lors de son entretien à l'OFPPRA.**

### *Sur la réduction du délai de recours contre les décisions de l'OFPPRA — Art. 6 du PJJ*

L'article 6 réduit à 15 jours le délai de recours devant la CNDA pour l'ensemble des décisions de rejet rendues par l'OFPPRA (ce délai est actuellement d'un mois).

Là encore, le Défenseur des droits ne peut que regretter la stratégie poursuivie par le gouvernement qui, pour accélérer le traitement de la demande d'asile, fait le choix de réduire les garanties de procédure du demandeur d'asile.

Il relève qu'un tel délai soulève des difficultés au regard du droit à un recours effectif. Consacré par plusieurs normes de valeurs supra-législatives, ce droit est expressément rappelé par la directive « Procédure » pour ce qui concerne l'asile. Il est ainsi précisé que « *la procédure d'examen de sa demande de protection internationale devrait, en principe, donner au demandeur au moins [...] le droit à un recours effectif devant une juridiction* » (considérant 25). Or, en l'occurrence, le délai de 15 jours proposé apparaît excessivement court au regard de la situation qui est celle du demandeur d'asile. En effet, quand bien même celui-ci peut faire une demande d'aide juridictionnelle – laquelle emporte des effets interruptifs du délai de recours, il n'en demeure pas moins que l'accomplissement de ces premières démarches supposent déjà, pour une personne maîtrisant peu la langue et les rouages de l'administration française, de pouvoir bénéficier d'un accompagnement juridique adéquat. Voilà pourquoi l'amélioration adoptée par l'Assemblée nationale tendant à ce que puisse être déposée une requête sommaire que le demandeur complètera par la suite, jusqu'à la clôture de l'instruction, n'est pas suffisante. En 15 jours, le demandeur d'asile devra toujours identifier le bon interlocuteur, susceptible de l'accompagner dans ces démarches, et obtenir un rendez-vous. Il est peu probable que tous les demandeurs d'asile y parviennent, *a fortiori* lorsqu'ils ne bénéficieront pas d'un hébergement en CADA.

**Considérant que le délai de 15 jours retenu par le projet de loi, y compris avec les précisions apportées par l'Assemblée nationale, ne permettra pas de garantir l'effectivité des recours introduits devant la CNDA, le Défenseur des droits recommande l'abandon des dispositions prévoyant la réduction de un mois à 15 jours du délai de recours devant la CNDA.**

### *Sur l'aménagement du caractère suspensif du recours devant la CNDA — Art. 8 du PJJ*

Le 2 février 2012, la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) rendait un arrêt de condamnation à l'encontre de la France, considérant que la procédure prioritaire alors prévue pour l'examen de certaines demandes d'asile n'était pas conforme au droit au recours effectif tel que garanti par l'article 13 de la Convention EDH. Pour fonder sa décision, elle relevait notamment le fait que le recours introduit devant la CNDA contre une décision de l'OFPPRA rendue dans le cadre de cette procédure prioritaire n'était pas suspensif de l'éloignement. A cet égard, la Cour rappelait certains principes généraux de sa jurisprudence applicables à l'espèce. Elle relevait ainsi que « *l'effectivité implique des exigences de qualité, de rapidité et de suspensivité, compte tenu en particulier de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements* » et précisait plus loin que « *l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 [...] requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein*

*droit suspensif* » (Cour EDH, 2 février 2012, aff. 9152/09, *I.M. c. France*).

La réforme de l'asile du 29 juillet 2015 a permis de combler partiellement les lacunes relevées par la Cour, l'article L.743-1 du CESEDA prévoyant désormais que « *Le demandeur d'asile dont l'examen de la demande relève de la compétence de la France et qui a introduit sa demande auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides bénéficie du droit de se maintenir sur le territoire français jusqu'à la notification de la décision de l'office ou, si un recours a été formé, jusqu'à la notification de la décision de la Cour nationale du droit d'asile* ». Il en résulte que les recours introduits devant la CNDA présentent un caractère suspensif de l'éloignement, que la demande soit examinée en procédure normale ou accélérée.

En revanche, le recours devant la CNDA n'est pas suspensif lorsqu'il est exercé contre les décisions de clôture ou d'irrecevabilité rendues par l'OFPRA. En outre, le caractère suspensif de ce recours n'est que formellement garanti lorsque la demande d'asile est présentée en rétention : dans ce cas, le demandeur dispose d'un délai de 48 heures pour saisir la CNDA et cette saisine ne suspend pas l'exécution de la mesure d'éloignement. Un recours *ad hoc* est cependant prévu, lequel permet à l'étranger de saisir le président du tribunal administratif afin de solliciter le droit de se maintenir sur le territoire durant le temps nécessaire à ce que la CNDA statue sur son recours.

Dans ses avis n°14-10 et n°15-05 relatifs à la réforme de l'asile puis dans le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers*, le Défenseur des droits avait recommandé de rendre pleinement suspensif l'ensemble des recours susceptibles d'être introduits devant la CNDA.

En dépit de ces recommandations, l'article 8 élargit les cas où le recours devant la CNDA ne présentera plus de caractère automatiquement suspensif. Seront ainsi concernés, en particulier :

- Les demandeurs d'asile provenant d'un pays sûr ;
- Les demandeurs d'asile en procédure de réexamen ;
- Les demandeurs d'asile présentant une menace grave pour l'ordre public.

Dans ces hypothèses, le droit au maintien sur le territoire jusqu'à la décision de la CNDA est supprimé et, s'il fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire (OQTF), le demandeur devra saisir le tribunal administratif pour demander la suspension de l'exécution de cette mesure jusqu'à la décision de la CNDA.

Le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale procède ainsi d'une extension de la procédure *ad hoc* créée par la loi du 29 juillet 2015 et contre laquelle le Défenseur des droits s'était prononcé, la jugeant trop complexe et difficilement réalisable dans les conditions de la rétention. Dans les faits, cette modification reviendrait à priver de caractère suspensif la plupart des recours introduits par des demandeurs d'asile en procédure accélérée, alors même que la réforme de 2015 avait consacré le caractère suspensif des recours introduits par ces derniers pour répondre à l'arrêt de la Cour EDH du 2 février 2012.

**Dans le souci de garantir le droit au recours effectif de tous les demandeurs d'asile, le Défenseur des droits recommande l'abandon des dispositions du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoyant d'élargir les cas où le recours devant la CNDA ne présentera pas de caractère automatiquement suspensif.**

**Il réitère en outre sa recommandation tendant à ce que l'ensemble des recours introduits devant la CNDA présente un caractère automatiquement suspensif,**

conformément à la jurisprudence de la Cour EDH selon laquelle l'effectivité du recours garantie par l'article 13 de la Convention EDH suppose, en cas de refoulement susceptible de faire naître un risque de traitements contraires à l'article 3, l'existence d'un recours de plein droit suspensif.

***Sur la fin du droit au maintien sur le territoire dès lecture de la décision de la CNDA en audience publique*** — Art. 8 du PJJ

Cette disposition était prévue dans le texte présenté à l'Assemblée nationale mais n'avait pas fait l'objet d'une analyse du Défenseur des droits dans son avis 18-09.

***Rappel du droit actuellement applicable :***

L'article L.743-1 du CESEDA dispose que « *Le demandeur d'asile dont l'examen de la demande relève de la compétence de la France et qui a introduit sa demande auprès de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides bénéficie du droit de se maintenir sur le territoire français jusqu'à la notification de la décision de l'office ou, si un recours a été formé, jusqu'à la notification de la décision de la Cour nationale du droit d'asile* ».

***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le texte prévoit que, lorsqu'un recours a été formé devant la CNDA et qu'il n'est pas statué sur ce dernier par voie d'ordonnance, le droit au maintien de l'intéressé sur le territoire cesse dès la lecture en audience publique de la décision de la Cour nationale du droit d'asile.

***Analyse du Défenseur des droits :***

Dans son rapport n° 857 relatif au projet de loi, la commission des lois de l'Assemblée rappelle le sens de l'avis rendu par le Conseil d'Etat sur la modification envisagée. Selon la Haute juridiction, la disposition se bornerait en effet à « *inscrire dans le droit positif une réalité juridique que la jurisprudence du Conseil d'Etat (n° 138967 du 26 novembre 1993, Préfet de police de Paris, aux Tables) avait d'ores et déjà reconnue : la lecture de la décision, sans conséquence par elle-même sur la computation des délais de recours, qui ne commencent à courir qu'à compter de la notification, permet en droit de tirer toutes les conséquences de la décision intervenue et, par exemple, de prendre sans attendre une mesure d'éloignement* ».

La jurisprudence administrative ne s'oppose certes pas à ce qu'une décision d'éloignement soit prise dès la lecture de la décision de rejet de la CNDA. Toutefois, l'article L.743-1 du CESEDA dans sa version actuelle, dans la mesure où il prévoit un droit au maintien sur le territoire jusqu'à la notification de la décision de rejet de l'asile, a pour effet de garantir que le demandeur ne se voit pas notifier une mesure d'éloignement avant d'avoir pu prendre effectivement connaissance de la décision de la CNDA. Tel ne sera plus le cas si la modification envisagée était définitivement adoptée.

L'objectif de la modification est expressément formulé dans l'étude d'impact du projet de loi : il s'agit de systématiser la possibilité de prendre, dès la lecture de la décision, « *les mesures appropriées en matière d'éloignement et de conditions matérielles d'accueil* ».

Or, d'après les informations portées à la connaissance du Défenseur des droits, il n'existe pas, formellement, de lecture en séance des décisions de la CNDA : à l'issue de l'audience, les demandeurs sont informés de la date de délibéré et la lecture en audience publique se matérialise en réalité par un simple affichage dans le hall du sens de la décision rendue.

Aussi, il arrive que le demandeur n'assiste pas à cet affichage et, même lorsqu'il y accède, il

ne peut en tout état de cause prendre connaissance que du sens de la décision et non de ses motifs. La notification de la décision intégrale survient en général plusieurs semaines après cette affichage.

Si la modification envisagée était définitivement adoptée, elle conduirait donc à permettre la notification systématique d'OQTF aux déboutés sans même que ceux-ci aient pu connaître les raisons du rejet de leur demande d'asile voire, dans certains cas, de l'existence d'un tel rejet. Dans de telles circonstances, il est possible de douter de la pleine effectivité du recours qui demeurera ouvert contre l'OQTF puisque les intéressés se trouveront de fait privés d'une partie des éléments nécessaires à étayer ce recours. L'atteinte aux droits procéduraux en cause apparaît ici d'autant plus forte que l'on sait que, depuis la loi du 7 mars 2016, les OQTF notifiées à la suite du rejet définitif d'une demande d'asile se contestent dans un délai de 15 jours et non plus de 30. Aussi, il y a toutes les raisons de croire que les étrangers concernés seront contraints de déposer leur recours sans avoir pu prendre connaissance des motifs du rejet de leur demande d'asile.

**Dans le souci de garantir le droit à un recours effectif contre les décisions d'éloignement notifiées à la suite du rejet définitif d'une demande d'asile, le Défenseur des droits recommande l'abandon des dispositions du texte prévoyant de mettre un terme au droit au maintien sur le territoire dès la *lecture* en audience publique de la décision rendue par la CNDA et non plus à sa *notification*.**

*Sur les dispositions visant à mieux articuler la procédure d'asile et les demandes d'admission au séjour sur un autre motif — Art. 23 du PJJ*

#### **Rappel du droit actuellement applicable :**

L'article L.311-6 du CESEDA dispose que « *Lorsqu'une demande d'asile a été définitivement rejetée, l'étranger qui sollicite la délivrance d'une carte de séjour doit justifier, pour obtenir ce titre, qu'il remplit l'ensemble des conditions prévues par le présent code* ».

Dans le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers en France*, le Défenseur des droits relevait que certaines préfectures interprétaient illégalement ces dispositions, considérant que celles-ci faisaient obstacle à ce qu'une demande de titre de séjour puisse être présentée sur un autre fondement lorsqu'une demande d'asile est en cours d'instruction. En particulier, le Défenseur des droits indiquait avoir été saisi du cas d'une préfecture refusant systématiquement d'enregistrer les demandes de titres de séjour présentées sur le fondement de l'article L.313-11 11° du CESEDA (droit au séjour pour raison médicale) lorsqu'une demande d'asile était en cours d'examen. Pourtant, la jurisprudence administrative sur ce point est sans ambiguïté et confirme l'analyse du Défenseur des droits : « *ni les dispositions de l'article L.311-6, ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'ont pour objet ou pour effet de faire obstacle à ce que l'étranger dont la demande d'asile est en cours d'examen sollicite la délivrance d'un titre de séjour sur un autre fondement* » (TA de Nantes, 11 mars 2016, n° 1509515 ; TA de Nantes, 23 mai 2016, n° 1600002).

Interrogé par le Défenseur des droits sur la persistance de la pratique consistant à refuser d'enregistrer les demandes de titres présentées concomitamment à une demande d'asile en cours d'examen, le ministre de l'Intérieur indiquait à la fin de l'année 2017 qu'il avait décidé de ne pas faire appel des décisions du Tribunal administratif de Nantes précitées mais d'en tirer immédiatement les conséquences. Ainsi, il précisait que ses services avaient cessé d'opposer l'irrecevabilité des demandes de titres déposées concomitamment à des demandes d'asile. Il ajoutait que, pour mieux encadrer les pratiques des préfectures en la matière, une modification

des dispositions législatives applicables était envisagée.

### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

Le texte modifie l'article L.311-6 du CESEDA en ces termes : « *Lorsqu'un étranger a présenté une demande d'asile qui relève de la compétence de la France, l'autorité administrative, après l'avoir informé des motifs pour lesquels une autorisation de séjour peut-être délivrée, et des conséquences de l'absence de demande sur d'autres fondements à ce stade, l'invite à indiquer s'il estime pouvoir prétendre à une admission au séjour à un autre titre et, dans l'affirmative l'invite à déposer sa demande dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Il est informé que, sous réserve de circonstances nouvelles « notamment pour des raisons de santé » [incise rajoutée par la commission des lois de l'Assemblée nationale] et sans préjudice des dispositions de l'article L.511-4<sup>2</sup>, à l'expiration de ce délai, il ne pourra solliciter son admission au séjour. Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article ».*

### *Analyse du Défenseur des droits :*

Au vu du contexte juridique décrit ci-dessus, la clarification des dispositions de l'article L.311-6 du CESEDA apparaissait indispensable. Le projet de loi aurait ainsi pu permettre de mettre un terme aux pratiques illégales évoquées ci-dessus en prévoyant expressément la possibilité, pour un demandeur d'asile, de déposer une demande de titre de séjour sur un autre fondement, y compris pour raisons médicales. Toutefois, le Défenseur des droits constate avec regret que la formulation retenue par le gouvernement pour ce faire tend, une nouvelle fois, à pénaliser le demandeur d'asile au détriment du respect de ses droits les plus fondamentaux. En effet, plutôt que d'inscrire dans la loi le principe selon lequel l'existence d'une demande d'asile en cours d'instruction ne saurait faire obstacle au dépôt d'une demande de titre de séjour sur un autre fondement – ce qui aurait été conforme à la jurisprudence administrative rendue sur ce point – le gouvernement décide d'aller plus loin en prévoyant une obligation de déposer la demande de titre de séjour dans un délai précis.

Il s'agit là d'une situation inédite dans l'ordonnancement juridique interne. En effet, si la demande d'asile doit être déposée dans un certain délai – sous peine d'être examinée selon la procédure accélérée – aucune demande d'admission au séjour n'est en revanche subordonnée à une telle obligation. Si les dispositions précitées venaient à être adoptées, elles auraient ainsi pour effet de placer les demandeurs d'asile dans une situation moins favorable que les étrangers en situation irrégulière sollicitant leur admission au séjour. De tels effets seraient pour le moins paradoxaux dès lors que les demandeurs d'asile bénéficient du droit de se maintenir en France durant toute l'instruction de leur demande. Ces conséquences seraient en outre particulièrement regrettables au regard de la vulnérabilité qui est celle des demandeurs d'asile, et qui appellerait au contraire des mesures de protection renforcées.

Dans son avis 18-09 adressé à la commission des lois de l'Assemblée nationale, le Défenseur des droits relevait que cette modification risquait de porter une atteinte significative au droit des étrangers malades. Rappelons qu'en vertu de l'article L.311-11 11° du CESEDA, l'étranger malade doit se voir délivrer une carte de séjour « vie privée et familiale » de plein droit lorsque son état de santé est tel qu'une absence de prise de charge emporterait pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et qu'il n'existe pas, dans le pays d'origine, d'accès effectif à un traitement adéquat. Or, du fait des parcours de vie qui sont ceux des demandeurs d'asile, il n'est pas rare que des personnes déboutées de l'asile soient par la suite admises au

---

<sup>2</sup> Cet article dresse la liste des catégories d'étrangers qui, en raison de leurs attaches en France ou des risques auxquels ils pourraient être exposés en cas de renvoi vers leurs pays d'origine, ne peuvent faire l'objet d'une OQTF.

séjour pour raisons médicales. Selon le *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades* rendu par la mission conjointement menée par l'Inspection générale de l'administration (IGA) et l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) en 2013, la proportion, parmi les étrangers admis au séjour pour raisons médicales, de personnes déboutées de l'asile atteindrait, dans certaines préfectures, les 90 %. Le même rapport indique que, pour 2010, cette proportion était à l'échelle nationale de 39 %. On peut dès lors s'interroger sur le sort qui pourrait être réservé à ces personnes si l'article 23 venait à être adopté.

Certes, la formulation envisagée par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale permet le dépôt d'une demande de titre postérieurement au délai fixé en cas de « *circonstances nouvelles, notamment pour des raisons de santé* ». Toutefois, l'expression est imprécise. Est-ce à dire, par exemple, que les personnes porteuses d'une pathologie antérieure à la demande d'asile mais découverte postérieurement au délai imposé pour déposer une demande de titre de séjour parallèle pourront se prévaloir de cette exception réservée à l'apparition de circonstances nouvelles ? De même, la formulation retenue par le texte ne donne aucune précision sur les mesures qui seront prises pour assurer que le demandeur d'asile aura bien compris les conséquences de l'absence de dépôt d'une demande de titre de séjour au stade imposé par la préfecture. Or, ce risque d'incompréhension n'est pas à exclure dès lors que le droit ainsi envisagé s'avère complexe, *a fortiori* pour des personnes maîtrisant mal la langue française. Dans ces circonstances, le Défenseur des droits craint que la modification prévue par l'article 23 n'ait pour effet d'entraver l'accès au séjour des étrangers gravement malades, alors même que leur accueil s'impose à la France en vertu de l'article 3 de la Convention EDH.

Si l'on s'en réfère à l'étude d'impact du projet de loi, l'obligation de dépôt de la demande de titre de séjour dans un certain délai doit permettre d'« *améliorer l'efficacité des services en charge de l'éloignement en limitant aux circonstances nouvelles [...] les possibilités de demande de titre de séjour après le rejet de la demande d'asile* ». A cet égard, il est à craindre que l'adoption de l'article 23, en limitant les dépôts de demande de titre, ne favorise la notification automatique d'OQTF aux demandeurs d'asile déboutés. Outre la confusion susceptible d'être ainsi créée entre d'une part, l'appréciation du bien-fondé de la demande d'asile – laquelle relève des compétences de l'OFPRA et de la CNDA – et, d'autre part, l'appréciation du droit au séjour – laquelle relève du préfet, cette notification automatique d'OQTF serait pourtant contraire au droit au respect de la vie privée et familial tel que garanti par l'article 8 de la Convention EDH ainsi qu'au droit européen, la directive « Retour » proscrivant en effet une telle automaticité.

**Considérant que l'article 23 du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale tend à instaurer, à l'égard des demandeurs d'asile, une différence de traitement susceptible d'emporter, sur les droits des étrangers malades notamment, des conséquences particulièrement disproportionnées au regard de l'objectif qu'elle poursuit, le Défenseur des droits en recommande l'abandon et ce, malgré la précision apportée par la commission des lois de l'Assemblée nationale.**

**Il recommande en revanche que l'article L.311-6 du CESEDA soit modifié pour préciser que l'existence d'une demande d'asile en cours d'instruction ne peut faire obstacle au dépôt d'une demande de titre de séjour sur un autre fondement. Une telle modification permettrait en effet de clarifier le droit applicable et de mettre un terme à la pratique illégale censurée par les juridictions administratives, consistant à refuser l'enregistrement d'une demande de titre présentée concomitamment à une demande d'asile en cours.**

c) Une amélioration s'agissant du délai de recours contre une décision de transfert « Dublin » — Art. 7 bis nouveau du PJJ

**Les députés ont ramené à 15 jours (au lieu de 7) le délai de recours contre un arrêté de transfert Dublin et encadré les motifs de rétention des demandeurs d'asile « dublinés »**, revenant ainsi, à la marge, sur la très récente loi permettant une bonne application du régime d'asile européen dite « loi Warsmann ». Il est difficile de se réjouir de cette « amélioration », le délai de 15 jours octroyé pour l'exercice de ce recours ayant toujours été considéré comme trop court par le Défenseur des droits et le principe de placer en CRA des demandeurs d'asile étant maintenu.

Dans ses avis 2014-10 et 2015-05 relatifs à la réforme du droit d'asile de 2015, le Défenseur des droits a en effet considéré que ce délai de 15 jours, pendant lequel le demandeur d'asile doit trouver un conseil ou une association l'aidant à démontrer qu'une partie de sa famille est réfugiée en France ou que certaines erreurs ont été commises dans la procédure (défaut d'information dans sa langue, absence d'entretien individuel, etc.) ou enfin que l'Etat vers lequel on veut le transférer connaît des défaillances systémiques, n'est pas conforme aux exigences du droit au recours effectif tel que protégé par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

## **2. L'accès aux conditions matérielles d'accueil fragilisé par des mesures de contrôles intensifiées**

a) Modifications relatives à l'hébergement directif des demandeurs d'asile — Art. 9 du PJJ

*Rappel du droit actuellement applicable :*

La réforme du droit d'asile du 29 juillet 2015 a inséré dans le CESEDA des dispositions relatives à l'hébergement directif des demandeurs d'asile : le demandeur d'asile est tenu d'accepter l'hébergement qui lui est proposé, sous peine d'être privé de l'ensemble des conditions matérielles d'accueil (CMA).

L'article L.744-7 du CESEDA prévoit en effet que « *Le bénéfice des conditions matérielles d'accueil, définies à l'article L. 348-1 du code de l'action sociale et des familles et à l'article L. 744-1 du présent code, est subordonné à l'acceptation par le demandeur d'asile de l'hébergement proposé, déterminé en tenant compte de ses besoins, de sa situation au regard de l'évaluation prévue à l'article L. 744-6 et des capacités d'hébergement disponibles* ».

L'alinéa 6 de l'article L. 744-8 du CESEDA portant sur la décision de suspension, de retrait ou de refus des conditions matérielles d'accueil précise que « *La décision est prise après que l'intéressé a été mis en mesure de présenter ses observations écrites dans les délais impartis* ».

*Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

Le gouvernement entend renforcer ce caractère directif puisque le demandeur est désormais orienté vers une région précise où il est tenu de résider. L'article 9 4° du texte prévoit ainsi de modifier l'article L.744-7 du CESEDA pour subordonner le bénéfice des CMA à l'acceptation, par le demandeur, de la proposition d'hébergement faite par l'OFII ou, le cas échéant, de la région d'orientation déterminée. En outre, le bénéfice des CMA sera subordonné au respect, par l'étranger, de l'ensemble des exigences des autorités chargées de l'asile (convocation aux entretiens, demande d'information, etc.).

Il est précisé que, dans ces hypothèses, « *Le demandeur est préalablement informé, dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de penser qu'il la comprend, que le fait de refuser ou de quitter le lieu d'hébergement proposé ou la région d'orientation [...] ainsi que le non-respect des exigences des autorités chargées de l'asile [...] entraîne de plein droit le refus ou, le cas échéant, le retrait du bénéfice des conditions matérielles d'accueil.* »

L'article L.744-8 du CESEDA est modifié en conséquence. Jusqu'alors, il était en effet prévu que le bénéfice des CMA pouvait être suspendu si, sans motif légitime, le demandeur d'asile avait abandonné son lieu d'hébergement, s'il n'avait pas respecté l'obligation de se présenter aux autorités ou s'il n'avait pas répondu aux demandes d'informations ou ne s'était pas rendu aux entretiens personnels concernant la procédure d'asile. Ces hypothèses sont supprimées puisqu'elles relèvent désormais des cas de retrait des CMA de plein droit prévues par l'article L.744-7. Par ailleurs, il est ajouté aux hypothèses de retrait des CMA d'ores et déjà prévues par l'article L. 744-8 du CESEDA le cas de l'étranger qui aurait présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes. Enfin, la procédure contradictoire spéciale prévue pour les décisions prises sur le fondement de ce dernier article est restreinte aux seules décisions de retrait, excluant ainsi les décisions de refus des CMA susceptibles d'être opposées aux demandeurs sollicitant le réexamen de leur demande ou ayant, sans motif légitime, déposé leur demande au-delà du délai imparti par la loi.

### *Analyse du Défenseur des droits :*

**En premier lieu**, le Défenseur des droits considère que si l'objectif d'une meilleure répartition des demandeurs d'asile sur le territoire est légitime, ce dispositif ne doit pas pour autant ignorer la situation particulière de certains demandeurs d'asile.

C'est pourquoi, dans ses avis au Parlement sur la réforme de l'asile de 2015, il avait indiqué que la loi devrait apporter les précisions suivantes :

- Le dispositif ne devait pas entraîner la séparation de familles, conformément aux articles 12 de la directive « accueil » et 8 de la Convention EDH.
- Le bénéfice des conditions matérielles d'accueil ne pouvait pas être refusé aux demandeurs d'asile souhaitant être hébergés dans leur famille ou chez un tiers, la directive « accueil » n'ayant jamais exclu le principe de l'hébergement chez un particulier.

Aussi, le Défenseur des droits constate avec satisfaction l'amélioration opérée par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, conformément à ses préconisations, puisqu'il est prévu que l'OFII détermine la région de résidence, certes en fonction de la part des demandeurs d'asile accueillis dans chaque région selon le schéma prévu au premier alinéa, mais en tenant compte de la situation personnelle et familiale de l'étranger et notamment de sa vulnérabilité. Il relève également que l'Assemblée nationale a encore amélioré le texte en prévoyant explicitement que :

- Le schéma national d'accueil doit définir les actions en faveur de l'intégration des réfugiés
- L'Ofii doit déterminer la région de résidence en fonction de « *l'existence de structures à même de prendre en charge de façon spécifique les victimes de traite des êtres humains ou les cas graves de violences physiques ou sexuelles* ».

Toutefois, le droit des demandeurs d'asile qui souhaitent être hébergés dans leur famille ou chez un tiers ne paraît toujours pas expressément garanti.

**En deuxième lieu**, le Défenseur des droits relève que la proposition de modification de l'article L.744-7 est telle qu'elle tend à élargir de façon significative les cas où les CMA feront l'objet

d'une décision de retrait de plein droit : tel sera le cas chaque fois que le demandeur aura quitté l'hébergement ou la région désignés, ou encore lorsque ce dernier n'aura pas satisfait aux exigences des autorités en charge de l'asile. L'article L.744-8 du CESEDA précise expressément, dans sa nouvelle rédaction, l'effet immédiat de ces décisions de retraits. Il s'agit là d'une régression notable par rapport au droit actuellement applicable, lequel prévoyait seulement, pour les hypothèses précitées, la possibilité – et non l'obligation – de procéder à la suspension – et non au retrait – des CMA.

Par ailleurs, il y a lieu de relever que, contrairement aux décisions de retrait prises sur le fondement de l'article L.744-8, lesquelles doivent répondre à un formalisme spécial, ces décisions de retrait dites de plein droit ne seront pas soumises au contradictoire. La faiblesse des garanties procédurales prévues pour les retraits de CMA susceptibles d'être opérés sur le fondement de l'article L.744-7 apparaît dès lors problématique puisque le demandeur n'aura pas l'occasion, dans ce cadre, de s'expliquer sur les raisons qui l'auront conduit à quitter l'hébergement ou la région désignée, ou encore à ne pas respecter les exigences des autorités en charge de l'asile. Plus grave encore, aucun élément ne précise si les décisions de retrait prises dans ce cadre prendront la forme d'une décision écrite et motivée et susceptible dès lors d'ouvrir au demandeur une voie de recours utile.

Par ailleurs, si l'article L.744-8 conserve la possibilité de refuser le bénéfice des CMA aux demandeurs sollicitant un réexamen ou ayant déposé leur demande au-delà du délai prévu par la loi, il est regrettable de constater que les modifications envisagées par le texte tendent désormais à réserver la procédure spéciale prévue par l'article L.744-8 aux seules décisions de retrait prises sur ce fondement. Ainsi, les demandeurs d'asile sollicitant un réexamen ou ayant déposé tardivement leur demande pourront se voir refuser les CMA sans autre formalisme, l'obligation de prendre une décision écrite et motivée, après recueil des observations de l'intéressé, et surtout après examen de la vulnérabilité de la personne disparaissant pour ces derniers. L'amointrissement significatif des garanties procédurales qui résulterait d'une telle modification apparaît d'autant plus regrettable que le texte prévoit par ailleurs de réduire le délai légal au-delà duquel la demande sera considéré comme tardive, si bien que cet amointrissement pourra potentiellement concerner un nombre de personnes plus important.

**En dernier lieu**, dans son avis 18-09 à la commission des lois de l'Assemblée nationale, le Défenseur des droits relevait qu'alors même que le chapitre III (du Titre Ier) du projet de loi était annoncé comme ayant notamment vocation à améliorer les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, il ne prévoyait pas pour autant de dispositif d'hébergement particulier ou de mise à l'abri en faveur des personnes dans l'attente de l'enregistrement de leur demande d'asile et dont la convocation au GUDA dépasse largement les délais légaux.

Il recommandait ainsi, **dans la perspective de parvenir à un meilleur accueil des demandeurs d'asile, que soit prévue une mise à l'abri temporaire des personnes dans l'attente de l'enregistrement de leur demande d'asile et dont la convocation au GUDA dépasse largement les délais légaux.**

L'Assemblée nationale a modifié l'article 9 du texte aux termes duquel les étrangers ne disposant pas de domicile stable peuvent, dans l'attente de la remise de leur attestation de demande d'asile, bénéficier d'un hébergement provisoire offrant des prestations d'accueil, d'information et d'accompagnement social, juridique et administratif.

Cette évolution législative est très importante puisqu'elle vise à mettre fin à l'inexistence administrative des étrangers cherchant à entrer dans la procédure d'asile et ne disposant pas encore des conditions matérielles d'accueil (hébergement, allocation...). Elle pourrait aussi

permettre d'éviter des situations comme celle de La Villette, par exemple, et contribuer à la résorption des campements. Elle restera toutefois peu effective dans les faits si :

- Elle n'est pas suivie de moyens financiers adéquats permettant un nombre de places suffisant ;
- Cette mise à l'abri se fait *via* des CAES (centres d'accueil et d'examen des situation) qui, en confondant droit fondamental à être hébergé et examen du séjour, demeurent dissuasifs. Le Défenseur des droits rappelle à cet égard le caractère inconditionnel que doit conserver le droit à l'hébergement des personnes en situation de détresse sociale.

**Afin que l'orientation directive des demandeurs d'asile ne porte pas d'atteintes excessives à leurs droits fondamentaux, le Défenseur des droits réitère sa recommandation tendant à ce que le bénéfice des conditions matérielles d'accueil (accompagnement et allocation de subsistance) soit expressément garanti pour les demandeurs d'asile qui souhaitent être hébergés dans leur famille ou chez un tiers.**

**Le Défenseur des droits recommande en outre que des dispositions soient prises pour renforcer les garanties procédurales offertes aux demandeurs d'asile susceptibles de faire l'objet d'une décision de retrait des CMA de plein droit sur le fondement de l'article L.744-7 du CESEDA. Dans le même sens, il recommande de conserver, pour les refus de CMA susceptibles d'être opposés aux demandeurs d'asile sollicitant un réexamen ou ayant déposé leur demande au-delà du délai prévu par la loi, le bénéfice de la procédure spéciale prévue par l'article L.744-8 du CESEDA. De manière générale, le Défenseur des droits considère que tout refus ou retrait des CMA devrait être soumis à un examen préalable de la vulnérabilité du demandeur et faire l'objet d'une décision écrite et motivée. Le demandeur devrait toujours en outre être mis en mesure de présenter ses observations en amont.**

**Enfin, le Défenseur des droits préconise que l'amélioration introduite par l'Assemblée nationale et faisant suite à ses recommandations, s'agissant de l'hébergement des personnes en attente de leur attestation de demande d'asile, soit maintenue et qu'elle s'accompagne d'un nombre de places suffisant pour répondre aux besoins.**

## **b) Echanges d'information entre le SIAO et l'OFII concernant les demandeurs d'asile et les bénéficiaires d'une protection — Art. 9 3° du PJJ**

### ***Rappel du droit actuellement applicable***

A titre liminaire, il importe de rappeler que le service intégré d'accueil et d'orientation (SIAO) et l'OFII sont deux acteurs publics de l'hébergement distincts : le premier intervient dans le champ des dispositifs de droit commun ouverts à toute personne en situation de détresse médicale, psychique ou sociale alors que le second intervient exclusivement dans le champ des dispositifs spécialisés relevant du droit d'asile à l'égard principalement des demandeurs d'asile et des personnes bénéficiaires d'une protection internationale.

Cette distinction se traduit d'ailleurs par un régime juridique spécifique à chacun de ces acteurs.

L'activité des SIAO est en effet encadrée par les dispositions de l'article L.345-2-4 du code de l'action sociale et des familles (CASF), lequel détaille précisément les missions qui leur sont confiées tandis que les missions de l'OFII relatives à la gestion du dispositif national d'accueil (DNA) sont prévues par l'article L.5223-1 du code du travail et régies par le code de l'entrée et du séjour des étrangers et droit d'asile (CESEDA). Il s'agit donc de deux réglementations

qui n'ont *a priori* pas à se confondre compte tenu de leur champ d'action respectif.

C'est pourquoi les échanges d'informations entre les deux structures ne sont pas possibles en l'état actuel du droit même si la circulaire du 12 décembre 2017 relative à l'examen des situations administratives dans l'hébergement d'urgence cosignée par le ministre de l'Intérieur et le ministre de la Cohésion des territoires prévoit déjà de tels échanges

Cette circulaire confie en effet le soin à l'équipe mobile, composée à la fois d'agents de l'OFII et des préfectures, de procéder, sur la base d'un recensement préalablement effectué, à des évaluations de la situation administrative des ressortissants étrangers présents dans les structures d'hébergement d'urgence de droit commun, y compris lorsqu'il s'agit de « *personnes souhaitant s'engager dans une demande d'asile ou en situation de demande d'asile* » ou de « *personnes bénéficiaires de la protection internationale* ».

Le Défenseur des droits a d'ailleurs pointé cette contradiction dans ses observations en justice présentées dans le cadre de la procédure de référé-suspension introduite contre la circulaire par plusieurs associations devant le Conseil d'Etat. Il avait indiqué à ce propos que :

*« Ce parallèle entre les deux dispositifs d'hébergement semble manquer de pertinence. En effet, l'OFII est chargé par la loi d'assurer l'hébergement et l'accompagnement juridique et social des demandeurs d'asile. En vertu de ces missions, sa présence au sein de structures dédiées aux demandeurs d'asile est cohérente. En revanche, on ne saurait justifier, en vertu de cette même logique, la présence d'une institution spécifiquement en charge de l'accueil des étrangers au sein d'un dispositif non dédié aux étrangers, ouvert à toute personne démunie. Une telle présence, aux côtés de la préfecture, ne fait que renforcer la confusion entre droit à un hébergement et à un accompagnement social, d'une part, et lutte contre l'immigration irrégulière, d'autre part ».*

### ***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

L'article 9, 3° de ce texte prévoit de modifier l'article L. 744-6 du CESEDA relatif à l'évaluation des besoins des demandeurs d'asile, pour y insérer l'alinéa suivant :

*« Le service intégré d'accueil et d'orientation mentionné à l'article L. 345-2 du code de l'action sociale et des familles communique mensuellement à l'Office français de l'immigration et de l'intégration la liste des personnes hébergées en application de l'article L. 345-2-2 du même code ayant présenté une demande d'asile ainsi que des personnes ayant obtenu la qualité de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire ».*

### ***Analyse du Défenseur des droits :***

**En premier lieu**, le rapprochement des missions de l'OFII avec celles du SIAO est né de la volonté du gouvernement d'inclure les problématiques liées à hébergement dans sa politique migratoire.

La fluidité du dispositif d'hébergement des demandeurs d'asile et des réfugiés constitue à cet égard l'une des priorités du gouvernement afin de parvenir à une politique d'accueil plus ambitieuse, en le rendant « *plus réactif et mieux adapté à la crise migratoire* » comme indiqué notamment dans l'Information du 4 décembre 2017 relative à l'évolution du parc d'hébergement des demandeurs d'asile et des réfugiés. L'un des buts poursuivis par cette politique est notamment de désengorger le dispositif d'hébergement d'urgence généraliste.

Nul ne peut en effet ignorer que le dispositif d'hébergement de droit commun a progressivement permis de compenser les besoins non satisfaits par le DNA en tant que solution alternative pour les demandeurs d'asile et les personnes bénéficiant d'une protection internationale.

En effet, en dépit de l'augmentation du nombre de places dans le DNA ces dernières années, ce dernier demeure insuffisant pour répondre à la demande d'hébergement. Le ministère de l'Intérieur évalue lui-même à 57% le nombre de demandeurs d'asile qui étaient hébergés en CADA ou en HUDA au cours de l'année 2017 et prévoit de porter ce taux à 64% via la création de plus de 12000 places comme indiqué dans le projet de loi de finances pour 2018. De plus, une étude récente de la DGCS indique que 5000 réfugiés seraient actuellement hébergés dans les centres d'hébergement de droit commun.

**En second lieu**, le choix de l'article L. 744-6 du CESEDA pour insérer cette nouvelle disposition démontre que le gouvernement entend permettre à l'OFII de se servir des informations ainsi recueillies afin de proposer une orientation adaptée à la situation des personnes qui se sont manifestées auprès du SIAO (soit parce qu'hébergées soit car dans l'attente d'un hébergement) alors qu'elles sont censées relever du DNA.

Dans l'Etude d'impact susvisée, le gouvernement précise que :

*« Institutionnaliser un échange d'information entre le SIAO et l'OFII permettra une meilleure allocation des moyens aux besoins de personnes en demande d'hébergement. En particulier, l'OFII pourra ainsi avoir connaissance des demandeurs d'asile et des réfugiés qui sont accueillis dans le dispositif d'urgence de droit commun et sera en mesure de mettre en œuvre les actions visant à ne pas engorger le dispositif d'urgence de droit commun (...) L'identification des demandeurs d'asile hébergés par le biais de ce dispositif permettra ainsi de réorienter les demandeurs d'asile dans le dispositif de l'asile, plus adapté à leur situation et d'éviter que le montant additionnel journalier de l'ADA ne soit leur versé alors qu'ils bénéficient d'un hébergement. Cet échange d'informations facilitera l'articulation du dispositif d'accueil des demandeurs d'asile avec celui de l'urgence généraliste géré par le ministère des affaires sociales. Dans les mêmes conditions, il permettra d'assurer l'orientation des personnes reconnues réfugiées ou auxquelles la protection subsidiaire a été accordée vers les dispositifs adaptés à leur situation ».*

**Or, compte-tenu de la saturation du DNA, l'intérêt de tels échanges d'informations en vue de la réorientation des demandeurs d'asile et des bénéficiaires d'une protection internationale pose question.**

A ce propos, le Défenseur des droits ne peut que se réjouir de l'orientation de demandeurs d'asile ou de bénéficiaires d'une protection internationale vers un dispositif adapté à leur situation (CADA, logement, centre provisoire d'hébergement, etc...), néanmoins se pose toujours la question de l'intérêt d'une telle disposition législative étant donné que ce travail d'orientation est déjà prévu par la loi et confié au SIAO, conformément aux prescriptions de l'article L. 345-2-3 du CASF lequel dispose que *« Toute personne accueillie dans une structure d'hébergement d'urgence doit pouvoir y bénéficier d'un accompagnement personnalisé et y demeurer, dès lors qu'elle le souhaite, jusqu'à ce qu'une orientation lui soit proposée. Cette orientation est effectuée vers une structure d'hébergement stable ou de soins, ou vers un logement, adaptés à sa situation ».*

**C'est en cela que cette nouvelle disposition peut, en l'absence de justifications du gouvernement, s'entendre comme une remise en question de l'action des travailleurs sociaux du SIAO.**

**En troisième lieu**, si cette proposition était retenue par les parlementaires et que la loi venait à permettre ces échanges, sous réserve de la validation par la CNIL, ce pont entre une

administration relevant du ministère de l'Intérieur en charge de la mise en œuvre de la politique migratoire et un service public relevant de l'aide sociale serait particulièrement regrettable pour la nécessaire distinction de leur champ d'action respectif.

A ce propos, dans la décision n° 2018-072 portant observations dans le cadre du référé-suspension dirigé contre la circulaire du 12 décembre 2017, le Défenseur des droits avait pointé la confusion entre la mise à l'abri – droit fondamental inconditionnel – et une forme de contrôle de la situation administrative des hébergés au regard de leur droit au séjour et ce, dans le but de réorienter les personnes en situation irrégulière « *vers un dispositif adapté en vue de l'organisation d'un départ contraint* » ainsi que le glissement toujours plus important de l'accompagnement vers le contrôle lequel complique l'exercice des missions d'accompagnement des travailleurs sociaux, celles-ci nécessitant confiance et confidentialité difficilement compatibles avec la mission de sélection ou de contrôle.

Si le texte adopté par l'Assemblée nationale ne le précise pas, **il est en effet à craindre que le concours de travailleurs sociaux** soit sollicité en vue d'établir la liste des demandeurs d'asile et des bénéficiaires d'une protection internationale devant être transmise par le SIAO à l'OFII en application de cette nouvelle disposition. Or, comme le Défenseur des droits l'a pointé dans sa décision n° 2018-072, les missions d'accompagnement des travailleurs sociaux sont difficilement compatibles avec les missions de sélection ou de contrôle.

**En dernier lieu, si cette disposition était retenue, elle ne saurait aucunement fonder la compétence de l'OFII pour exercer les missions qui lui ont été confiées par la circulaire du 12 décembre 2017 à l'égard de l'ensemble des résidents des structures d'hébergement de droit commun. Il y a lieu d'ajouter à ce propos que la légalité de ces interventions est toujours en discussion et sera prochainement tranchée par le Conseil d'Etat.**

En effet, ce texte ne prévoit pas d'échange d'informations généralisé entre l'OFII et le SIAO qui pourrait concerner l'ensemble des ressortissants étrangers présents dans les structures d'hébergement d'urgence mais un échange à l'égard des seuls demandeurs d'asile et bénéficiaires d'une protection internationale, correspondant à son champ de compétences. Cette absence étant sûrement liée au fait que les informations rendues accessibles à l'OFII ne peuvent dépasser le champ d'intervention dévolu par loi à ce dernier en matière d'hébergement et notamment par l'article L. 744-4 du CESEDA, consistant en la coordination de la gestion du dispositif national d'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés.

**Considérant que les dispositions prévues par l'article 9 confirment ses inquiétudes relatives à la confusion entre le champ de l'action sociale et le champ des politiques migratoires, le Défenseur des droits souhaite rappeler que si cette proposition relative aux échanges d'information entre le SIAO et l'OFII était adoptée, elle ne pourrait en aucun cas fonder la compétence de l'OFII pour exercer les missions qui lui ont été confiées par la circulaire du 12 décembre 2017 à l'égard de l'ensemble des résidents des structures d'hébergement de droit commun.**

## II. Lutte contre l'immigration irrégulière

---

### 1. Un renforcement sans précédent des moyens coercitifs mis au service de la lutte contre l'immigration irrégulière

#### a) La modification du régime de la retenue pour vérification du droit au séjour — Art. 19 du PJJ

##### *Rappel liminaire sur l'origine de la retenue pour vérification du droit au séjour et les recommandations formulées par le Défenseur des droits dans ce cadre*

Tirant les conséquences de la jurisprudence européenne<sup>3</sup> et des décisions de la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>4</sup>, la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 a supprimé le délit de séjour irrégulier et créé - en lieu et place de la garde à vue - une retenue aux fins de vérification du droit au séjour. Considérant que la procédure de vérification d'identité prévue à l'article 78-3 du code de procédure pénale – laquelle ne peut excéder 4 heures – était insuffisante pour la vérification du droit de circulation et de séjour, le législateur a décidé de créer un régime privatif de liberté spécifiquement dédié aux étrangers, d'une durée maximale de 16 heures et à la nature incertaine, entre procédure administrative et pénale. Il était alors considéré que la durée de 16 heures permettait d'assurer « un équilibre entre les droits de la personne retenue tant au regard de la privation de liberté que de la défense de ses intérêts, et les exigences qui s'imposent à l'autorité administrative »<sup>5</sup>.

A cette occasion, le Défenseur des droits avait rendu un avis n°12-03 dans lequel il considérait que la durée de la mesure privative de liberté ainsi créée, mise en œuvre indépendamment de toute suspicion de délit ou de décision administrative d'éloignement, était excessive, d'autant plus qu'elle semblait plus tenir compte des intérêts des services de l'Etat que de ceux de la personne concernée. En effet, c'est essentiellement au regard des difficultés de coordination des différents services de l'Etat que la durée de 16 heures avait essentiellement été retenue : il s'agissait d'assurer que, pour le cas d'un étranger interpellé dans la soirée, la préfecture puisse être informée le lendemain matin et disposer encore de quelques heures pour, le cas échéant, notifier la mesure d'éloignement et le placement en rétention ou l'arrêté d'assignation à résidence.

Aussi, le Défenseur des droits suggérait la mise en place d'une solution moins attentatoire à la liberté individuelle, comme celle d'une permanence de nuit à la préfecture, afin que les services de police puissent vérifier la régularité du séjour des intéressés dans un temps plus bref. Il proposait en outre de prévoir une obligation de motivation en cas de prolongation de la retenue au-delà d'un délai de 4 heures.

##### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

Alors qu'aucune réorganisation des services de l'Etat n'est envisagée dans le présent projet de loi, son article 19 prévoit d'augmenter de 50% la durée maximale de la retenue qui serait

---

<sup>3</sup> Notamment CJUE, gde ch., 6 déc. 2011, n° C-329/11, *Achughbadian*

<sup>4</sup> Arrêt du 5 juillet 2012 n° 11-30.371

<sup>5</sup> Etude d'impact de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012

portée à 24 heures. En outre, l'article précité contient plusieurs dispositions tendant à renforcer les mesures de contrainte susceptibles d'être imposées à la personne retenue, tout en supprimant par ailleurs certaines des garanties qui lui étaient accordées.

### *Analyse du Défenseur des droits :*

Alors qu'il considérait en 2012 que la retenue de l'étranger aux fins de vérification de son droit au séjour pour une durée maximale de 16 heures présentait un caractère excessif, le Défenseur des droits ne peut, *a fortiori*, que s'opposer à l'allongement de cette durée à 24 heures.

A cet égard, il relève qu'il n'est produit, dans l'étude d'impact du projet de loi comme dans l'exposé des motifs, aucune donnée ni étude susceptible de justifier un tel allongement. En effet, l'étude d'impact se borne à lister les diligences à accomplir par les fonctionnaires de police durant la retenue pour affirmer que « *la durée maximale de 16 heures s'avère insuffisante pour effectuer les diligences requises, notamment en cas d'interpellation en fin de journée d'un étranger peu coopératif* ». Aussi, l'argument porté par le Défenseur des droits en 2012, selon lequel la fixation de la durée maximale de la retenue ne peut se fonder essentiellement sur les intérêts de l'administration aux dépens de ceux de l'étranger, retrouve ici toute sa force. Suivant cette logique, la privation de liberté pourrait, pour le seul confort de l'administration peu encline à prendre les mesures de réorganisation de ses services - nécessaires à la réduction la durée de la retenue administrative - être régulièrement allongée à l'occasion de réformes successives.

Surtout, le Défenseur des droits relève que malgré le choix qui a été fait en 2012, imposé par la jurisprudence de la CJUE et de la Cour de cassation, d'écarter l'utilisation de la mesure de garde à vue à des fins administratives et de supprimer l'infraction de séjour irrégulier, l'allongement de la durée de la retenue à 24 heures tendrait à faire de cette mesure *ad hoc* une sorte de garde à vue à moindres droits. Portée à 24 heures, la durée de la retenue correspondrait en effet à celle de la garde à vue. La personne retenue se verrait soumise à une mesure de contrainte en tout point comparable à une garde à vue avec des conséquences potentiellement extrêmement lourdes : la rétention puis l'éloignement. Dès lors, rien ne justifie que la personne faisant l'objet d'une retenue puisse être privée des garanties offertes à la personne placée en garde à vue.

Pour autant, alors que les garanties procédurales sont déjà insuffisantes, le projet de loi prévoit d'en écarter certaines. Actuellement, les exigences relatives à la notification sont, par exemple, moins rigoureuses pour le retenu que pour le gardé à vue. Alors que ce dernier doit impérativement être informé dans une langue qu'il comprend, le retenu peut également être informé dans une langue « *dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend* ». De même, la personne retenue ne bénéficie pas du droit au silence tandis qu'il s'agit d'une composante essentielle des droits attachés à la garde à vue.

A l'inverse, la transposition *stricto sensu* de certaines dispositions spécifiques à la garde à vue au régime de la retenue apparaît discutable : en application de l'article L.611-1-1 du CESEDA dans sa rédaction actuelle, il est ainsi prévu que l'attente de l'avocat n'a pas lieu d'être si la première audition effectuée « *porte uniquement sur les éléments d'identité* ». Une telle disposition, compréhensible dans le cadre de la garde à vue, apparaît pourtant peu pertinente au regard de l'objet spécifique de la retenue, l'établissement de l'identité du retenu étant en effet l'un des enjeux principaux de cette mesure.

A cet égard, le Défenseur des droits constate que, loin de combler les lacunes de l'actuel régime de la retenue, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en crée de nouvelles malgré l'allongement de la durée de la privation de liberté. Or, il est particulièrement regrettable

que l'objectif « d'efficacité » que semble poursuivre le texte – et qui reste à démontrer – se fasse au prix d'un amoindrissement des garanties procédurales fondamentales.

Ainsi, les a et b de l'article 19, par la mention « il est vérifié », visent à permettre à un policier ou un gendarme n'ayant pas la qualité d'officier ou d'agent de police judiciaire de procéder à diverses vérifications pendant la retenue. Or, c'est dans un souci de conformité à l'article 66 de la Constitution que le législateur de 2012 avait veillé à ce que la procédure de retenue soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire et conduite par un officier de police judiciaire<sup>6</sup>. Il est ainsi regrettable que le texte adopté par l'Assemblée nationale, une nouvelle fois pour des logiques d'organisation, remette en cause, au moins partiellement, cette garantie.

Par ailleurs, le texte élargit les mesures de contraintes susceptibles d'être prises à l'encontre de l'étranger retenu en prévoyant la possibilité d'inspecter et fouiller ses bagages et effets personnels. Or, la nécessité d'une telle mesure au regard de l'objet de la retenue – à savoir la vérification de l'identité et la régularité du séjour – n'est pas démontrée. Il est d'ailleurs à noter que cette mesure n'est pas prévue dans le cadre de la vérification d'identité de l'article 78-3 du CPP. Aussi, le Défenseur des droits craint que cette nouvelle mesure attentatoire aux libertés ne se justifie que par la recherche d'une infraction et tende ainsi à placer la personne retenue en situation de suspect d'avoir commis un crime ou un délit.

La facilitation de la prise d'empreintes et de photographies et les sanctions qui y sont associées participent de cette même logique. Actuellement, le douzième alinéa du I de l'article L. 611-1-1 permet, après information du procureur de la République, la prise d'empreintes digitales ou de photographies seulement lorsque celle-ci constitue « l'unique moyen » d'établir la situation de la personne retenue. Le gouvernement entend aujourd'hui permettre la collecte des empreintes digitales dès le début de la procédure, de façon à ce que la situation de l'étranger puisse être établie plus rapidement. Le refus opposé à la prise d'empreinte ou de photographie pourra être sanctionné pénalement, avec notamment une interdiction du territoire français. A cet égard, le Défenseur considère que, si l'objectif affiché de réduction de la durée de la mesure de privation de liberté est légitime, la levée des conditions de la prise d'empreintes et de photographies ainsi que le fait de tirer des conséquences pénales de ce refus tendent néanmoins à rapprocher davantage la situation du retenu de celle du délinquant.

**Considérant que l'allongement de la durée de la retenue pour vérification du droit au séjour, de même que le renforcement des mesures de contraintes susceptibles d'être prises à l'encontre de l'étranger dans ce cadre, apparaissent disproportionnés au regard des objectifs qu'ils poursuivent, le Défenseur des droits recommande l'abandon des dispositions les prévoyant. Il réitère sa recommandation tendant à la mise en place d'une solution moins attentatoire à la liberté individuelle, comme celle d'une permanence de nuit à la préfecture, afin que les services de police et de gendarmerie puissent vérifier la régularité du séjour des intéressés dans un temps plus bref. Il réitère en outre sa recommandation tendant à ce que la prolongation de la retenue au-delà d'un délai de 4 heures soit soumise à une obligation de motivation.**

<sup>6</sup> Selon l'étude d'impact de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012, « il y a un champ et des modalités de la compétence judiciaire sur lesquels le législateur ne saurait revenir qui sont incontestablement en jeu dans le cadre d'une procédure impliquant la retenue d'une personne. ». La procédure était donc placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire et conduite par un officier de police judiciaire. Ce rôle conféré à l'officier de police judiciaire, présentant une expérience et des garanties de professionnalisme particulières, est essentiellement justifié par la gravité de l'atteinte à la liberté individuelle. Le rôle de l'OPJ était donc aujourd'hui calqué sur les procédures de garde à vue et de la vérification d'identité prévue à l'article 78-3 du code de procédure pénale.

## b) Augmentation de la durée maximale de rétention à 90 jours — Art. 16 7° du PJJ

**A titre liminaire, le Défenseur de droits tient à saluer l'introduction, par l'Assemblée nationale, de plusieurs propositions de modifications de l'article L.551-1 du CESEDA visant à la prise en compte de l'état de la vulnérabilité des personnes étrangères dans la décision de placement en rétention et, plus spécifiquement, de la situation particulière des personnes handicapées dans la durée de la rétention. Le Défenseur des droits recommande le maintien de ces modifications par le Sénat.**

Cela étant dit, alors que le gouvernement avait annoncé son intention de porter à 90 jours la durée maximale de rétention administrative, le projet de loi initial prévoyait que l'étranger pourrait être maintenu en rétention jusqu'à 135 jours en cas de comportement jugé dilatoire. La commission des lois de l'Assemblée nationale est revenue à une augmentation de cette durée à 90 jours.

### *Rappel du droit actuellement applicable :*

Depuis la loi du 16 juin 2011, la durée maximale de rétention en France est de 45 jours, séquencée de la façon suivante : après 48 heures de rétention le juge des libertés et de la détention (JLD) doit être saisi. Celui-ci peut alors ordonner la prolongation de la rétention pour une durée de 28 jours. Au terme de ces 28 jours, le JLD est de nouveau saisi et peut ordonner la prolongation de la rétention pour une durée de 15 jours supplémentaires. Des dispositions dérogatoires sont prévues pour les étrangers faisant l'objet d'une peine d'interdiction du territoire ou d'une mesure d'expulsion en raison de faits liés au terrorisme. Dans ce cas, la rétention peut, sous le contrôle du JLD près le Tribunal de grande instance de Paris, être prolongée jusqu'à six mois (article L.552-7 du CESEDA).

### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

Le texte prévoit de modifier l'article L.552-7 du CESEDA pour porter la durée maximale de rétention à 90 jours. Le séquençage initial reste le même : au terme de 48 heures, le JLD pourra ordonner la prolongation de la rétention pour 28 jours. En revanche, à l'issue de ces trente premiers jours, le juge pourra désormais ordonner une nouvelle prolongation pour une durée de 30 jours et non plus 15 comme aujourd'hui.

En outre, il est prévu que la rétention puisse, au terme de ces 60 jours, être prolongée pour une nouvelle durée de 15 jours supplémentaires, renouvelable une fois dans les trois hypothèses suivantes :

- L'étranger a fait obstruction à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement ;
- Il a présenté une demande de protection contre l'éloignement en raison de son état de santé ;
- Il a présenté une demande d'asile.

Le texte précise que, dans les deux dernières hypothèses, la demande doit avoir été présentée dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement. Il suit en cela les préconisations formulées par le Conseil d'Etat dans son avis n°394206.

### *Analyse du Défenseur des droits :*

Par l'augmentation de la durée maximale de rétention, le gouvernement poursuit l'objectif d'assurer une meilleure exécution des mesures d'éloignement. En effet, si l'on s'en réfère à l'étude d'impact du projet de loi, le faible taux d'exécution des mesures d'éloignement notifiées par les autorités françaises - aux alentours de 13% - serait pour partie imputable au fait que la

durée maximale de rétention fixée pour la France - à savoir 45 jours - serait insuffisante, notamment pour permettre aux autorités françaises d'obtenir en temps utile les laissez-passer nécessaires à l'exécution de l'éloignement.

A cet égard, l'étude d'impact du projet de loi relève que la durée maximale de rétention prévue par la France est très inférieure à la durée maximale autorisée par le droit européen et figure à ce titre parmi les plus faibles d'Europe. En effet, l'article 15 de la directive « Retour » autorise les Etats membres à procéder à la rétention administrative des étrangers pour une durée maximale de six mois, prolongeable pour une période de douze mois supplémentaires en cas de manque de coopération de l'étranger ou de retards subis pour l'obtention des documents nécessaires à l'éloignement. Ainsi, de nombreux Etats européens ont transposé ces durées dans leur droit interne et fixent la durée maximale de rétention administrative des étrangers à 18 mois : l'Allemagne, le Danemark, la Grèce, la Lettonie, la Lituanie, Malte, les Pays-Bas, la Slovaquie, la Suisse et la République Tchèque.

Or, s'il est vrai que la durée maximale de rétention prévue par la France est l'une des plus faible d'Europe, le lien opéré par le gouvernement entre cette courte durée et le faible taux d'exécution des mesures d'éloignement ne semble pourtant pas établi. A cet égard, il y a lieu de relever que l'étude d'impact ne produit pas de données relatives aux taux d'exécution des mesures d'éloignement des pays retenant des durées maximales de rétention plus élevée et ne permet donc pas de déduire l'existence d'un tel lien de causalité.

En revanche, plusieurs études s'accordent à démontrer que l'allongement de la durée de rétention est sans effet sur l'efficacité des politiques d'éloignement. Dans un rapport au Premier ministre remis le 14 mai 2013, le député Matthias FEKL constatait ainsi qu'au-delà de 30 jours, la prolongation de la rétention pouvait s'analyser en une privation inutile de liberté dès lors que l'extrême majorité des éloignements avaient lieu entre le 6<sup>ème</sup> et le 32<sup>ème</sup> jour de rétention. Il déclarait ainsi que : *« La possibilité de prolonger la rétention au-delà d'un mois n'apparaît donc pas déterminante en matière de lutte contre l'immigration irrégulière. Son existence, en revanche, crée un risque que des étrangers qui ne pourront de toute façon être reconduits soient inutilement privés de liberté »*.

Or, depuis ces constats, les chiffres de l'éloignement ne semblent pas avoir sensiblement varié. En 2016, la durée moyenne de rétention était ainsi estimée à 12,7 jours, tandis que celle des personnes éloignées était estimée à 12,1 jours (selon le rapport 2016 établi par les associations intervenant en centre de rétention).

En dépit de ces moyennes, les associations intervenant en rétention dénombrèrent en 2016 2646 personnes ayant subi, en métropole, une privation de liberté supérieure à 30 jours. Or, sur ces 2646 personnes, 1614 ont finalement été remises en liberté, dont la moitié par les préfectures elles-mêmes, avant l'expiration du délai de 45 jours. Finalement, les associations relèvent que seules 3,7 % des personnes remises en liberté le sont en raison de l'expiration du délai. De même, selon les données fournies par le gouvernement lui-même dans l'étude d'impact du projet de loi, il apparaît que les remises en liberté liées à la non obtention d'un laissez-passer ne concernent qu'une très faible minorité de cas : 4,3% en 2016 et 2,8% en 2017.

Ainsi, si l'augmentation de la durée de rétention permettait effectivement de mettre en œuvre davantage de mesures d'éloignement, cela ne concernerait en tout état de cause qu'un nombre de cas très résiduel. Pour cela, le Défenseur des droits considère que l'allongement de la durée de rétention à 90 jours est excessif au regard, d'une part, de l'importance du droit fondamental en jeu, à savoir le droit à la liberté individuelle et à la sûreté et, d'autre part, du faible gain d'efficacité susceptible d'être attendu d'une telle mesure.

S'agissant enfin des possibilités de prolongation de la rétention durant 30 jours prévue par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale lorsque l'étranger fera une demande de protection contre l'éloignement en raison de son état de santé ou une demande d'asile jugée dilatoire, le Défenseur des droits s'inquiète du caractère dissuasif que pourrait emporter l'adoption de ces dispositions au regard du droit fondamental en cause. En effet, les protections dues aux étrangers malades et aux demandeurs d'asile relèvent de l'article 3 CEDH, droit inconditionnel et absolu.

**Considérant que le doublement de la durée maximale de rétention prévu par le projet de loi emporte des conséquences manifestement disproportionnées au regard, d'une part, de l'importance des droits fondamentaux en cause et, d'autre part, du faible gain d'efficacité susceptible d'être attendu d'un tel allongement, le Défenseur des droits recommande l'abandon des dispositions le prévoyant.**

c) [Procédures de non admission aux frontières terrestres et suppression du délai d'un jour franc y compris pour le mineur non accompagné — Art. 10 A et B nouveaux du PJJ](#)

Cette nouvelle disposition vise à modifier l'article L.213-2 du CESEDA relatif aux conditions dans lesquelles les autorités peuvent refuser l'admission d'un étranger sur le territoire français lorsque celui arrive sur le territoire français en franchissant une frontière terrestre.

***Rappel du droit actuellement applicable :***

Aux termes de l'article L.213-2 du CESEDA, tout refus d'entrée en France doit actuellement faire l'objet d'une décision écrite et motivée. Il est précisé que la décision est notifiée à l'intéressé dans une langue qu'il comprend et l'informe de ses droits, notamment de celui de refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc. Le mineur non accompagné bénéficie quant à lui d'une protection spéciale puisqu'il ne peut pas être rapatrié avant l'expiration de ce délai.

Jusqu'à récemment, ces refus d'entrée sur le territoire français concernaient presque exclusivement des étrangers arrivés sur le territoire par voie aérienne, navale ou ferroviaire – du fait du contrôle des voyageurs exercés dans ces modes transports. En revanche, les frontières terrestres de la France étaient, en raison de la suppression des contrôles aux frontières intérieures à l'espace Schengen, peu concernées.

***Ce que prévoit le texte adopté par l'Assemblée nationale :***

L'intensification des contrôles à la frontière italienne résultant du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures à l'espace Schengen, couplée à la volonté d'empêcher l'entrée en France d'exilés arrivés en Europe par l'Italie, a conduit les députés à supprimer, pour les contrôles opérés à la frontière terrestre de la France, la possibilité ouverte par ailleurs à l'étranger de refuser son rapatriement avant l'expiration d'un jour franc.

Pour les députés, la suppression de cette garantie fondamentale serait justifiée par le fait que les étrangers contrôlés à la frontière terrestre sont réputés, en droit, n'avoir jamais quitté le territoire de l'État voisin. Ainsi, les personnes contrôlées dans ce cadre continueront à faire l'objet, dans la zone frontalière terrestre, d'un refus d'entrée en France et pourront être refoulées directement, sans attendre l'expiration du délai d'un jour franc.

La modification du droit applicable est d'autant plus inquiétante qu'aucune exception n'est prévue pour les mineurs non accompagnés et que, aux termes de l'article 10 B nouveau, les contrôles permettant les non admissions dans ces conditions pourront s'effectuer non seulement à la frontière mais également dans une bande de 10 kilomètres en-deçà de la frontière.

### ***Analyse du Défenseur des droits :***

Cette réforme législative revient à entériner des pratiques illégales et censurées en tant que telles par les juridictions administratives.

Dans une décision n°2018-100 du 25 avril 2018, le Défenseur des droits considérait que les conditions dans lesquelles les mineurs ne sont pas admis en France et renvoyés en Italie sont contraires aux droits de l'enfant et irrespectueuses des garanties procédurales fondamentales qui devraient en principe être mises en œuvre, à savoir le respect d'un jour franc avant le renvoi, le placement en zone d'attente, l'information du procureur et la désignation administrateur *ad hoc*. Dans le cadre d'une enquête approfondie et contradictoire, le Défenseur des droits a pu recueillir des témoignages faisant état de mineurs non accompagnés interceptés par les forces de l'ordre à la descente de trains en provenance de l'Italie et directement orientés vers le prochain train repartant vers l'Italie, sur le quai opposé, sans remise de formulaire ou entretien permettant de vérifier leur identité et sans leur énoncer les droits auxquels ils peuvent prétendre.

Sur ce point, le tribunal administratif de Nice a clairement précisé, dans une ordonnance du 23 février 2018, que « **le mineur présumé non accompagné d'un représentant légal ne peut être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc. Il doit donc être conduit en zone d'attente où s'appliquent, alors, les dispositions des articles L. 221-4 et L. 221-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile permettant, notamment, la délivrance d'une information sur les droits qu'il est susceptible d'exercer en matière d'asile, communiquées dans une langue qu'il comprend et la saisine par l'autorité administrative du procureur de la République aux fins de désignation d'un administrateur *ad hoc*.** »

Pour le juge administratif, il n'existe donc pas, pour les mineurs non accompagnés, de dérogation applicable aux frontières terrestres dans la mise en œuvre des garanties, tant en ce qui concerne :

- le placement en zone d'attente entraînant la saisine du procureur de la République aux fins de désignation d'un administrateur *ad hoc* ;
- le délai d'un jour franc, notamment pour déposer un recours en annulation contre cette décision de non-admission, éventuellement demander l'asile.

Dans ce cadre, la précision apportée par l'article 10 A du texte adopté par l'Assemblée nationale selon laquelle « *une attention particulière doit être accordée aux personnes vulnérables et notamment aux mineurs* » paraît n'être qu'une garantie purement formelle.

**Le Défenseur des droits recommande la suppression des articles 10 A et B nouveaux en ce qu'ils privent les étrangers franchissant une frontière terrestre des garanties offertes à l'ensemble des étrangers cherchant à entrer sur le territoire français, notamment la possibilité de refuser tout renvoi avant l'expiration d'un délai d'un jour franc.**

**L'absence de telles garanties procédurales, si elle est préjudiciable pour toutes les personnes concernées, lesquelles se trouvent dès lors empêchée matériellement de faire un recours ou solliciter une aide juridique, l'est particulièrement pour les mineurs non accompagnés. Ces derniers devraient en effet bénéficier de la protection**

contre tout renvoi avant l'expiration d'un jour franc. Cette régression de leurs droits est manifestement contraire à leur intérêt supérieur consacré à l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant.

A cet égard, le périmètre de 10 kilomètres le long de la frontière terrestre dans lequel ces contrôles vont pouvoir s'exercer est particulièrement disproportionné.

## 2. Un amoindrissement significatif des garanties procédurales de l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement

### a) Elargissement des hypothèses dans lesquelles l'OQTF ne pourra être contestée que dans un délai de 48 heures (OQTF sans délai de départ volontaire) — Art. 11-II du PJJ

En élargissant les hypothèses dans lesquelles il sera possible d'obliger l'étranger à quitter le territoire sans délai, le texte tend à affaiblir les garanties procédurales de l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement dès lors que les OQTF notifiées sans délai de départ doivent se contester dans un délai de 48 heures (ce délai varie de 15 à 30 jours selon les cas pour les OQTF notifiées avec un délai de départ volontaire).

#### *Rappel du droit actuellement applicable :*

Le régime de l'OQTF est fixé par l'article L.511-1 du CESEDA, lequel transpose la directive « Retour » de 2008. Il est ainsi prévu que, pour satisfaire à l'obligation qui lui a été faite de quitter le territoire français, l'étranger dispose en principe d'un délai de départ volontaire de trente jours. Ce délai commence à courir à compter de la notification de l'OQTF. Il peut faire l'objet d'une prolongation « *pour une durée appropriée* » s'il apparaît nécessaire de tenir compte de circonstances propres à chaque cas.

En revanche, ce délai de départ volontaire peut être refusé dans trois hypothèses :

- 1° l'étranger présente une menace pour l'ordre public ;
- 2° l'étranger a fait une demande de titre qui a été rejetée comme manifestement infondée ou frauduleuse ;
- 3° il existe un **risque de fuite** de l'étranger.

S'agissant de ce dernier cas, la loi fixe une liste de critères au regard desquels le risque de fuite peut, sauf circonstance particulière, être regardé comme établi :

- a) Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;
- b) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;
- c) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;
- d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;
- e) Si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;
- f) Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité,

*ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2.*

### ***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le texte se fonde sur les préconisations formulées par la Commission européenne dans sa recommandation (UE) 2017/432 du 7 mars 2017 pour élargir la liste des critères susceptibles d'être retenus pour caractériser le risque de fuite de l'étranger.

Deux nouveaux cas sont ainsi identifiés (article 11-II 3° du PJJ) :

- La déclaration explicite de l'étranger de ne pas se conformer à l'OQTF ;
- L'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement prononcée dans un autre Etat membre.

Deux cas déjà existants sont en outre précisés (article 11-II 2° du PJJ) :

- Le simple recours à un titre de séjour ou document d'identité ou de voyage contrefait, falsifié, ou établi sous un autre nom pourra suffire à établir le risque de fuite alors que jusqu'à présent, seul le cas où l'étranger avait lui-même contrefait ou falsifié le document était visé ;
- Les cas permettant de considérer que l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes sont élargis : est par exemple ajouté le refus de se soumettre à un relevé d'empreintes digitales ou de prise de photographies et, plus généralement, des cas de refus de l'étranger de coopérer avec les autorités administratives.

En élargissant la liste des critères susceptibles de caractériser un risque de fuite, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale tend non seulement à élargir les possibilités de retrait du délai de départ volontaire mais également les possibilités de placement en rétention administrative de l'étranger, la nécessité d'un tel placement devant être appréciée au regard du risque de fuite de l'étranger tel que défini par l'article L.511-1 du CESEDA (article L.551-1 du CESEDA).

### ***Précisions liminaires sur les enjeux de la définition du « risque de fuite » :***

Le Défenseur des droits souhaite, à titre liminaire, rappeler l'importance des enjeux contenus dans la définition du risque de fuite de l'étranger. En effet, l'identification d'un tel risque est susceptible d'emporter, pour ce dernier, des conséquences particulièrement significatives.

En premier lieu, elle permet de procéder au retrait du départ volontaire, lequel emporte en soi des répercussions importantes sur les droits de l'étranger :

- Sur ses garanties procédurales d'abord, l'OQTF notifiée sans délai devant être contestée dans un délai de 48 heures ;
- Sur sa situation administrative et ses perspectives de régularisation ensuite, l'OQTF notifiée sans délai devant être assortie d'une interdiction de retour sur le territoire français (IRTF).

En second lieu, l'identification d'un risque de fuite permet de fonder le placement en rétention administrative de l'étranger, l'article L.551-1 du CESEDA prévoyant qu'il peut être procédé à un tel placement lorsque l'étranger ne présente de garanties de représentation propres à prévenir le risque de fuite tel que défini par l'article L.511-1 du CESEDA.

Il importe donc, compte tenu de l'importance des répercussions qu'emporte, sur les droits de l'étranger, l'identification d'un risque de fuite, de prévoir une définition de ce risque aussi précise et circonscrite que possible.

### *Analyse du Défenseur des droits :*

La possibilité de refuser un délai de départ volontaire à l'étranger qui représente un risque de fuite est prévue par l'article 7 point 4 de la directive « Retour ». Si la directive ne précise pas les critères susceptibles d'être retenus pour caractériser ce risque, elle renvoie toutefois au législateur interne le soin d'établir une liste de critères susceptibles de fournir une base à l'évaluation d'un tel risque. L'article 3-7° de la directive précise ainsi que le « risque de fuite » s'entend comme « *le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite* ».

Il résulte de ces dispositions que l'évaluation du risque de fuite doit non seulement s'effectuer au regard des critères objectifs dégagés par le législateur mais également au terme d'un examen circonstancié de la situation individuelle de l'intéressé. Cette obligation de fonder l'appréciation du risque de fuite sur un examen individuel du cas de l'intéressé a été rappelée par la Cour de Justice de l'Union européenne dans un arrêt de 2012 (CJUE, 6 décembre 2012, *Sagor*, C-430/11, § 41).

A cet égard, le Défenseur des droits avait regretté, dans son avis n°15-20 sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France, que ledit projet ne fasse pas expressément mention d'une telle obligation alors qu'il entendait préciser par ailleurs la liste des critères susceptibles de caractériser le risque de fuite. Dans le même avis, le Défenseur des droits se prononçait sur les critères retenus par le législateur pour établir le « risque de fuite ». Il remarquait que la liste était si large qu'elle permettait de considérer ce risque établi dans la quasi-totalité des cas et considérait dès lors que la définition n'était pas conforme à l'esprit de la directive « Retour ».

En effet, le 10<sup>ème</sup> considérant de la directive précise que « *Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure de retour s'en trouve compromis, il convient de privilégier le retour volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder un délai de départ volontaire* ». De même, le considérant 16 de la directive précise que « *Le recours à la rétention aux fins d'éloignement devrait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas.* »

Ce principe de proportionnalité est rappelé par la Cour de Justice dans un arrêt du 28 avril 2011, le juge européen précisant que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive correspond à une gradation, « *allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes.* » (CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11, §41).

Dès lors, il apparaît qu'une définition du risque de fuite trop large, permettant de procéder au retrait du délai de départ volontaire et à des placements en rétention quasi-systématiques, méconnaît l'esprit du texte européen. Aussi, la nouvelle définition du risque de fuite proposée par le projet de loi appelle les mêmes réserves que celles formulées par le Défenseur des droits en 2016, à l'occasion des débats sur la loi du 7 mars 2016.

A cet égard, il y a lieu de relever que la recommandation de la Commission européenne du 7 mars 2017, sur laquelle le gouvernement entend s'appuyer pour élargir la liste des critères susceptibles de caractériser le risque de fuite, n'a pas de valeur contraignante pour les Etats membres. Or, ainsi que le rappelait le Défenseur des droits dans son avis n°15-20 précité, les débats ayant présidé à l'adoption de la directive « Retour » n'avaient pas permis de faire naître un consensus entre les institutions européennes s'agissant des critères susceptibles d'être retenus pour établir le risque de fuite. En effet, le Parlement s'était fermement opposé à la liste de critères proposés par la Commission et approuvée par le Conseil, si bien que la liste avait finalement été abandonnée. Dans ce contexte, le Défenseur des droits estimait que la reprise expresse, par le législateur interne, de certains des critères de la liste abandonnée au terme des débats européens contrevenait à l'esprit de la directive retour.

**Considérant que l'ajout de nouveaux critères susceptibles de caractériser le risque de fuite tend à creuser l'écart existant entre le droit interne et l'esprit du texte européen sur ce point, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à ce que le risque de fuite de l'étranger soit défini dans un sens conforme aux exigences européennes : sa définition doit être précise et suffisamment circonscrite pour permettre un usage gradué et proportionné des mesures coercitives prévues par la directive « Retour ». En particulier, le risque de fuite de l'étranger ne saurait se déduire du simple fait que celui-ci est entré irrégulièrement sur le territoire ou s'y est maintenu sans droit au séjour.**

**Eu égard à l'importance des répercussions que l'identification d'un risque de fuite est susceptible d'emporter sur les droits de l'étranger, le Défenseur des droits souhaite en outre appeler l'attention des parlementaires sur la nécessité de veiller à ce que la définition du risque de fuite ne soit pas instrumentalisée à d'autres fins que celle pour laquelle elle est prévue, à savoir déterminer la nécessité de prendre une mesure coercitive à l'encontre de l'étranger pour assurer l'effectivité de son éloignement. En particulier, l'établissement d'un risque de fuite ne devrait pas servir à sanctionner des comportements certes répréhensibles (usage de faux documents, entrée irrégulière dans l'espace Schengen, etc.) mais ne permettant toutefois pas de déduire un risque de fuite imminent de l'étranger, étant précisé que ces comportements peuvent faire l'objet de sanctions autonomes.**

**Dans un souci de mise en conformité du droit interne avec les exigences du droit européen, le Défenseur des droits recommande enfin que l'obligation de procéder à un examen individuel de chaque situation soit expressément rappelée dans la loi.**

## **b) Elargissement des possibilités de procéder à la tenue d'audiences par visioconférence** — Art. 6, 10 et 16 du PJJ

### ***Rappel droit actuellement applicable :***

En l'état actuel de la législation, la faculté de recourir à la visioconférence est prévue pour les étrangers placés en zone d'attente ou en rétention aux articles L.222-4 et L.552-12 du CESEDA. Il résulte de ces textes que, « *par décision du juge prise sur proposition de l'autorité administrative à laquelle l'étranger dûment informé dans une langue qu'il comprend ne s'est pas opposé, les audiences [...] peuvent se dérouler avec l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission. Il est alors dressé, dans chacune des deux salles d'audience ouvertes au public, un procès-verbal des opérations effectuées* ».

L'article L213-9 prévoit également cette faculté devant le tribunal administratif, sauf si l'étranger dûment informé dans une langue qu'il comprend s'y oppose, dans le cadre des recours contre les refus d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile et les décisions de transfert vers un autre Etat membre.

L'article L733-1 du CESEDA prévoit quant à lui le recours à des moyens de télécommunication pour les audiences devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) : « *Afin d'assurer une bonne administration de la justice et de faciliter la possibilité ouverte aux intéressés de présenter leurs explications à la cour, le président de cette juridiction peut prévoir que la salle d'audience de la cour est reliée, en direct, par un moyen de communication audiovisuelle qui garantit la confidentialité de la transmission avec une salle d'audience spécialement aménagée à cet effet ouverte au public et située dans des locaux relevant du ministère de la justice plus aisément accessibles par le demandeur, dans des conditions respectant les droits de l'intéressé prévus par le premier alinéa. Une copie de l'intégralité du dossier est mise à sa disposition. Si l'intéressé est assisté d'un conseil, ce dernier est physiquement présent auprès de lui. Ces opérations donnent lieu à l'établissement d'un procès-verbal dans chacune des salles d'audience ou à un enregistrement audiovisuel ou sonore. Le requérant qui, séjournant en France métropolitaine, refuse d'être entendu par un moyen de communication audiovisuelle est convoqué, à sa demande, dans les locaux de la cour* ».

#### ***Ce que prévoit le texte :***

Les articles 10 et 16 du texte prévoient de supprimer, aux articles L.222-4, L.222-6, L213-9 et L. 552-12 du CESEDA, la possibilité pour l'étranger de s'opposer à la tenue d'une audience par visioconférence. L'article 6 prévoit quant à lui de supprimer la faculté offerte au demandeur d'asile séjournant en France métropolitaine de refuser d'être entendu devant la CNDA par un moyen de communication audiovisuelle. Le recours à l'utilisation de moyens de télécommunication pourra donc s'imposer, devant le juge des libertés et de la détention (JLD), le tribunal administratif (TA) et la CNDA, sans faculté d'opposition des justiciables.

#### ***Analyse du Défenseur des droits :***

La suppression du consentement (ou de la faculté de s'opposer au recours à la visioconférence) a déjà été présentée par le passé comme une mesure destinée à « *alléger la charge de travail résultant des opérations de transfèvements des centres de rétention administrative vers les tribunaux* »<sup>7</sup> et visant « *à réduire les coûts en ressources humaines et financières liés aux nombreuses escortes nécessaires entre les zones d'attente ou les centres de rétention et les juridictions* »<sup>8</sup>.

Dans son avis relatif au présent projet de loi, le Conseil d'Etat relève que le recours à la vidéo, même sans le consentement de l'intéressé, pour tenir les audiences de la CNDA est aujourd'hui possible lorsque le demandeur réside outre-mer. Il estime ainsi que « *Le recours élargi à la vidéo-audience, même sans le consentement du demandeur, ne paraît pas [...] se heurter à un obstacle de principe, de nature constitutionnelle ou conventionnelle. Il considère que « Si les exigences d'un procès juste et équitable supposent en effet que le justiciable puisse participer de manière personnelle et effective au procès, ce droit peut être aménagé pour poursuivre des objectifs également légitimes aux plans constitutionnel et conventionnel, tels que - comme en l'espèce - la bonne administration de la justice (en évitant l'allongement*

<sup>7</sup> Rapport de commission d'enquête n° 300 (2005-2006) de MM. Georges OTHILY et François-Noël BUFFET, fait au nom de la commission d'enquête, déposé le 6 avril 2006.

<sup>8</sup> Avis n° 116 (2010-2011) de MM. Jean-Patrick COURTOIS et François-Noël BUFFET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 novembre 2010.

*des délais dus aux reports d'audience qu'entraînent les difficultés de déplacement des demandeurs), la dignité des demandeurs (en évitant des déplacements sous escorte) et le bon usage des deniers publics (en réduisant les coûts pour l'administration) ». Il rappelle cependant la nécessité d'entourer l'audience de garanties permettant « le respect du caractère contradictoire de la procédure, l'accès du public, l'existence d'une liaison de qualité assurant la confidentialité des échanges, la présence personnelle de l'avocat auprès de l'intéressé, le recours à des locaux spécialement aménagés pour permettre le bon déroulement de l'audience, [...] l'emploi de locaux dépendant du ministère de la justice, la réalisation d'un double procès-verbal ou d'un enregistrement intégral audiovisuel ou sonore ». Sur ce point, il suggère d'ajouter aux dispositions actuellement applicables « la présence, dans toute la mesure du possible, de l'interprète auprès du requérant et, à défaut, auprès de la formation de jugement, ainsi que le recours à des personnels qualifiés pour assurer la bonne conduite de l'audience sous l'autorité du président ».*

A cet égard, le Défenseur des droits relève, en premier lieu, que les garanties actuellement prévues par le législateur dans le cadre de la mise en œuvre des audiences par voie de télécommunication présentent d'ores et déjà des imprécisions de nature à affecter, notamment :

- **La publicité des débats** : les modalités d'accès du public auprès du juge et des étrangers devraient être définies de façon à assurer la publicité effective des débats, notamment pour les proches, dont la présence est souvent déterminante pour justifier des garanties de représentation ou des attaches personnelles et familiales des personnes présentées devant le juge.
- **Le respect du contradictoire** : devant le JLD ou le TA, la question des modalités de communication des pièces entre les parties et à destination de la juridiction se pose avec une acuité particulière dès lors qu'il s'agit de procédures d'urgence au caractère oral ou semi oral. Permettre la possibilité de présenter des pièces, des garanties de représentation dont le juge pourra prendre connaissance et s'assurer de l'authenticité apparaît, dans ce cadre, indispensable.
- **Les droits de la défense** : la garantie des droits de la défense des personnes présentées, placées en rétention ou en zone d'attente, impliquent la mise en œuvre d'un dispositif permettant la préparation des débats entre les avocats et leurs clients, en amont de l'audience, avec l'assistance d'un interprète et avec des garanties de confidentialité. Des locaux adaptés et la présence physique d'un avocat et d'un interprète aux côtés de l'étranger apparaissent nécessaires, avant et pendant l'audience.

En second lieu, le Défenseur des droits relève que les dispositions prévoyant l'élargissement des cas où le recours à la visioconférence pourra être décidé sans le consentement de l'étranger présentent un risque d'inconstitutionnalité. En effet, si le Conseil constitutionnel a pu, s'agissant de l'instauration de la visioconférence pour les audiences devant la CNDA, considérer que le législateur pouvait instaurer une différence de traitement entre les personnes se trouvant sur le territoire métropolitain et les autres, en autorisant les premiers à refuser d'être entendus par un moyen de communication audiovisuelle, il y a toutefois lieu de lire cette décision au regard des spécificités propres à la CNDA (décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011).

En effet le Conseil constitutionnel considèrerait qu'en permettant que ces audiences puissent se tenir au moyen d'une communication audiovisuelle, le législateur avait entendu contribuer à la bonne administration de la justice et au bon usage des deniers publics. Un tel considérant s'entend compte tenu de la compétence nationale de la CNDA et des difficultés que posent,

dès lors, l'organisation de la présence des demandeurs d'asile de l'outre-mer aux audiences. En revanche, le recours à la communication audiovisuelle se justifie moins pour les audiences devant le JLD et le TA, où il s'agit seulement d'éviter des contraintes de déplacement à des personnes placées en rétention ou en zone d'attente dans le ressort de la juridiction devant laquelle elles doivent être présentées. De plus, les enjeux au regard du procès équitable et des droits de la défense ne sont pas les mêmes selon que les personnes sont entendues par la CNDA, où elles sont alors en demande, ou qu'elles sont placées sous contrainte parce qu'elles font l'objet d'une mesure de placement en rétention ou en zone d'attente. L'administration est dans ce cas en demande de prolongation de leur maintien pour la grande majorité des audiences, et il s'agit de procédures d'urgence. Aussi, les objectifs de bonne administration de la justice et de bon usage des deniers publics au regard desquels le Conseil constitutionnel a considéré que le recours à la communication audiovisuelle pouvait être imposé aux demandeurs d'asile ultramarins ne semblent pas pouvoir être légitimement invoqués pour justifier qu'il puisse être recouru, sans le recueil préalable de leur consentement, à la vidéo-audience pour les étrangers placés en zone d'attente ou en rétention.

Sur ce point, la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 2003 apparaît d'ailleurs sans équivoque. C'est en effet sous la réserve du recueil du consentement de l'étranger qu'il valide, dans une décision n° 2003-484 DC, le dispositif instaurant la faculté de recourir à la visioconférence pour présenter devant le JLD les personnes placées en rétention ou en zone d'attente :

*« Considérant que le déroulement des audiences au moyen de techniques de télécommunication audiovisuelle est subordonné au consentement de l'étranger, à la confidentialité de la transmission et au déroulement de la procédure dans chacune des deux salles d'audience ouvertes au public ;*

*Considérant que, dans ces conditions, les dispositions précitées garantissent de façon suffisante la tenue d'un procès juste et équitable ».*

Au vu de cette jurisprudence, les dispositions du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale tendant à élargir les cas de recours à la visioconférence sans le consentement de l'étranger pourraient être déclarées contraires à la Constitution.

**Considérant le risque d'inconstitutionnalité que présentent les dispositions tendant à permettre, pour les demandeurs d'asile de métropole ainsi que pour les étrangers placés en centre de rétention ou en zone d'attente, le recours à la vidéo-audience sans leur consentement, le Défenseur des droits en recommande l'abandon.**

**Conformément aux exigences découlant du respect du droit au procès équitable, le Défenseur des droits recommande en outre que les modalités de mise en œuvre des audiences par voie de télécommunication soient précisées de façon à garantir de manière effective la publicité des débats, le respect du contradictoire et les droits de la défense.**

### 3. Un durcissement notable des sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des étrangers

#### a) Modification du régime de l'interdiction de retour sur le territoire français (IRTF) — Art. 11-III du PJJ

Cette mesure trouve sa source dans le droit européen. L'article 11 de la directive « Retour » prévoit en effet que les décisions de retour doivent être assorties d'une interdiction d'entrée lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger ou lorsque celui-ci n'a pas respecté l'obligation de retour qui lui était notifiée. Dans les autres cas, l'autorité administrative peut assortir sa décision de retour d'une interdiction d'entrée. Cette « interdiction d'entrée » a été transposée en droit interne par la loi du 16 juin 2011 sous le nom d'« interdiction de retour sur le territoire français » (IRTF). Lorsqu'une obligation de quitter le territoire (OQTF) est assortie d'une IRTF, l'étranger est non seulement tenu de quitter le territoire mais il ne pourra en outre y revenir durant toute la durée fixée par l'IRTF, sous peine de sanctions pénales.

#### *Rappel du droit actuellement applicable :*

Le régime de l'IRTF est prévu par l'article L.511-1 III du CESEDA. Conformément au droit européen, la loi distingue des cas d'IRTF quasi-automatiques et des cas d'IRTF facultatifs. Ainsi, l'autorité administrative **doit**, par une décision motivée, assortir l'OQTF d'une IRTF, lorsque aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger ou lorsque celui-ci n'a pas satisfait à cette obligation dans le délai imparti. Le prononcé de cette IRTF n'est toutefois pas automatique puisqu'il est prévu que des circonstances humanitaires peuvent justifier que l'autorité administrative ne prononce pas l'IRTF. Une protection spéciale est en outre prévue pour les victimes de la traite ou du proxénétisme. La durée maximale de l'IRTF susceptible d'être notifiée dans ce cadre est fixée à trois ans.

Outre ce cas d'IRTF quasi-automatique, la loi prévoit des cas d'IRTF facultatifs. Ainsi, l'autorité administrative **peut** toujours, par décision motivée, assortir une OQTF d'une IRTF. Elle peut en outre prononcer une IRTF indépendante de toute OQTF lorsqu'il apparaît que l'étranger qui ne faisait pas l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire fixé par une précédente OQTF. Dans ces deux cas, la durée maximale de l'IRTF susceptible d'être prononcée est fixée à deux ans.

Enfin, l'autorité administrative peut, dans plusieurs hypothèses, prolonger la mesure d'IRTF pour une durée maximale de deux ans : lorsque l'étranger faisant l'objet d'une IRTF s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire ou alors qu'il était obligé de quitter sans délai le territoire ou lorsque, ayant déféré à l'OQTF, il est revenu sur le territoire alors que l'IRTF poursuivait ses effets.

L'IRTF prend effet à compter de sa notification. Elle **peut** être abrogée à tout moment par l'autorité administrative et, sauf circonstances particulières tenant à la situation et au comportement de l'intéressé, **doit** être abrogée lorsque l'étranger qui faisait l'objet d'une OQTF avec départ volontaire assortie d'une IRTF justifie, au plus tard dans les deux mois suivant l'expiration de ce délai de départ volontaire, avoir satisfait à cette obligation. L'étranger peut en outre solliciter l'abrogation de l'IRTF prise à son encontre s'il justifie résider hors de France. Cette condition ne s'applique pas s'il purge en France une peine d'emprisonnement ferme ou s'il fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2 du CESEDA (mesure prise au regard de l'impossibilité de quitter la France dont fait état l'étranger).

### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

**Le texte précise, en premier lieu, les cas dans lesquels l'IRTF doit être prononcée.** Pour cela, il est prévu de supprimer, dans l'alinéa relatif aux IRTF devant être prononcées en complément d'une OQTF, l'hypothèse du maintien sur le territoire au-delà du délai fixé par l'OQTF. En revanche, dans l'alinéa relatif aux IRTF facultatives, la possibilité de prononcer une IRTF indépendamment de toute OQTF lorsqu'il apparaît que l'étranger s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire fixé par une précédente OQTF est modifiée de façon à rendre obligatoire le prononcé de l'IRTF dans de ce cas : sauf circonstances humanitaires justifiant que l'IRTF ne soit pas prononcée, l'autorité administrative sera ainsi tenue de prendre une telle mesure chaque fois qu'il apparaîtra que l'étranger n'aura pas quitté le territoire dans le délai de départ volontaire fixée par une précédente OQTF. Il est précisé que dans cette hypothèse, l'IRTF prononcée ne pourra excéder une durée maximale de deux ans.

Il est à noter qu'en élargissant les cas d'IRTF quasi-automatiques, le projet de loi opère une clarification du droit applicable. En effet, dans le texte actuellement en vigueur, l'hypothèse d'IRTF facultative susceptible d'être prononcée indépendamment de toute OQTF recoupe celle de l'IRTF devant être prononcée lorsque l'étranger n'a pas satisfait à l'OQTF dans le délai imparti, créant ainsi une confusion sur la portée des obligations de l'administration. En rendant obligatoire le prononcé de l'IRTF chaque fois qu'il apparaît que l'étranger n'a pas satisfait à l'OQTF qui lui incombait, le texte lève l'ambiguïté sur ce point.

En second lieu, **le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoit de modifier la date de prise d'effet de l'IRTF.** Ainsi, l'interdiction ne prendrait plus effet à compter de sa notification mais à compter de l'exécution effective de l'obligation de quitter le territoire. Autrement dit, tant que l'étranger se maintiendra sur le territoire, l'interdiction ne commencera pas à courir et ne pourra donc pas expirer. Il y a lieu de préciser que ces dispositions sont prises en application d'une décision de la Cour de Justice de l'Union européenne précisant que l'interdiction de retour est opposable dès la notification de la décision et que sa durée court à compter du moment où l'étranger a quitté effectivement le territoire (CJUE, 26 juill. 2017, aff. C-225/16, *Ouhrami*).

### *Analyse du Défenseur des droits :*

Dans le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers* du 9 mai 2016, le Défenseur des droits émettait certaines réserves quant aux modalités retenues par le législateur pour transposer les dispositions de la directive « Retour » relatives aux interdictions de retour. En effet, si cette directive imposait de rendre automatique le prononcé de l'IRTF dans les cas où l'étranger s'est vu refuser un délai de départ volontaire ou n'a pas satisfait à une obligation de quitter le territoire dans le délai imparti, le Défenseur des droits s'inquiétait toutefois des conséquences d'une telle transposition dans un contexte où le législateur ne semblait pas avoir suffisamment précisé par ailleurs les cas dans lesquels le délai de départ volontaire peut être refusé. Sur ce point, les craintes du Défenseur des droits ne peuvent qu'être réitérées dès lors que le texte prévoit d'élargir encore les cas dans lesquels le délai de départ volontaire peut être retiré (voir *point 2.a supra*).

Ainsi que le relevait déjà le Défenseur des droits en 2016, les hypothèses extrêmement larges dans lesquelles le délai de départ volontaire peut être retiré – et dans lesquelles l'IRTF doit par voie de conséquence être prononcée – sont d'autant plus préoccupantes que les cas dans

lesquels l'IRTF pourrait ne pas être prononcée ne sont pas précisément identifiés. En effet, la loi prévoit seulement que l'IRTF peut ne pas être prononcée lorsque des « circonstances humanitaires » le justifient, sans préciser quelles pourraient être ces circonstances.

Enfin, les possibilités d'abrogation de l'IRTF apparaissent, dans un tel contexte, excessivement restreintes. Dans le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers*, le Défenseur des droits relevait déjà que ces possibilités étaient insuffisantes au regard, d'une part, du délai très court ouvert pour contester la mesure devant le juge (48 heures) et, d'autre part, des conséquences lourdes que ladite mesure emporte, privant l'étranger de toute perspective de retour pendant une voire plusieurs années, ou s'il n'a pas exécuté l'obligation de quitter le territoire, de toute perspective de régularisation de sa situation. Il rappelait à cet égard que les étrangers concernés par ces mesures ne menacent en rien l'ordre public, mais ont simplement été, à un moment donné, en infraction avec les règles du séjour. Les réserves alors émises par le Défenseur des droits s'imposent désormais avec d'autant plus de force que le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoit que l'IRTF ne pourra commencer à courir tant que l'étranger n'aura pas effectivement quitté le territoire.

**Afin que l'automatisme des interdictions de retour prononcées à l'encontre de certains étrangers ne porte pas d'atteintes excessives à leurs droits fondamentaux, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à ce que :**

- **La notion de « circonstances humanitaires » justifiant que l'autorité administrative ne prononce pas d'interdiction de retour soit précisée ;**
- **Les étrangers qui, du fait d'un changement de circonstances, pourraient se prévaloir de l'une des protections contre l'éloignement prévue par l'article L.511-4 du CESEDA, puissent demander l'abrogation de l'IRTF dont ils font l'objet sans avoir au préalable à quitter le territoire ou à solliciter leur assignation à résidence.**

#### **b) Modification de certaines sanctions pénales spécifiques aux étrangers — Art. 19-I 2° et 19-II du PJJ**

##### ***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le projet de loi comporte plusieurs dispositions tendant à alourdir certaines des sanctions pénales visant exclusivement les étrangers.

Ainsi, l'article 19-I 2° prévoit que les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées à l'encontre de l'étranger qui refuse une prise d'empreintes ou de photographies pourront désormais être assorties d'une peine d'interdiction du territoire français pour une durée n'excédant pas trois ans (modification de l'article L.611-3 du CESEDA). L'article 19-II prévoit quant à lui d'étendre le champ d'application de l'article 441-8 du code pénal, lequel sanctionne l'utilisation frauduleuse du titre d'identité ou de voyage appartenant à un tiers en vue d'entrer ou de se maintenir dans l'espace Schengen : l'incrimination visera également l'utilisation frauduleuse du titre de séjour d'un tiers, y compris, selon l'exposé de motifs, en matière d'emploi.

## *Analyse du Défenseur des droits :*

Ainsi qu'il l'a rappelé dans son avis 18-09 à l'Assemblée nationale, le Défenseur des droits s'était prononcé contre la modification de l'article 441-8 du code pénal aux fins de créer une nouvelle infraction visant spécifiquement les étrangers (avis n° 15-20 relatif au projet de loi sur le droit des étrangers adopté le 7 mars 2016). Il relevait à cet égard que les sanctions prévues pour cette nouvelle infraction (cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende) apparaissaient particulièrement disproportionnées en comparaison, par exemple, des peines prévues par l'article 226-4-1 du code pénal pour sanctionner l'usurpation de l'identité d'un tiers aux fins de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende). Le Défenseur des droits réitérait dans le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers* ces recommandations tendant à la suppression de la nouvelle infraction prévue par l'article 441-8 du CESEDA.

La pénalisation de l'utilisation du titre de séjour d'un tiers pour passer les frontières mais aussi, comme le précise l'exposé des motifs, pour « se maintenir sur le territoire et dans la plupart des cas y **travailler** » inquiète tout particulièrement le Défenseur des droits. L'utilisation d'alias par des travailleurs dépourvus de titre de séjour est en effet à ce jour un des seuls moyens d'échapper au travail dissimulé et de pouvoir, dans certaines hypothèses restrictivement prévues par la circulaire Valls du 28 novembre 2012 notamment, solliciter une régularisation par le travail. Supprimer ce moyen d'admission au séjour – déjà extrêmement précaire et soumise au pouvoir discrétionnaire de l'administration - reviendrait à maintenir durablement des travailleurs étrangers dans des situations de travail dissimulé et, partant, aggraverait encore la particulière vulnérabilité induite par leur situation administrative, laquelle favorise, comme le Défenseur des droits est amené à le constater dans certains dossiers sur lesquels son attention a été appelée, leur soumission à des conditions de travail parfois totalement indignes voire à des formes de traite des êtres humains par exploitation par le travail.

A cet égard, le Défenseur des droits regrette que les recommandations qu'il a pu émettre dans le *Rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers* et visant à une meilleure protection des travailleurs dépourvus de droit au séjour n'aient pas été suivies d'effet.

Plutôt que de renforcer constamment l'arsenal législatif des sanctions pénales pouvant être appliquées aux étrangers, le Défenseur des droits sollicitait notamment la mise en œuvre d'une réforme législative destinée à compléter l'article L.8252-1 du code du travail, lequel établit la liste des obligations de l'employeur prévues par ledit code applicables au travailleur étranger sans titre. Il considérait en effet qu'il conviendrait d'ajouter à cette liste d'autres dispositions protectrices, notamment celles relatives à la protection des libertés individuelles, à l'égalité professionnelle, à la protection contre les discriminations et au harcèlement. Une meilleure protection des travailleurs sans-papiers et l'augmentation des obligations pesant sur l'employeur à leur égard pourrait en effet réduire le recours à la main d'œuvre en situation irrégulière.

Le Défenseur des droits recommandait par ailleurs qu'une réflexion soit menée en vue d'apprécier l'opportunité d'une reformulation du délit de traite des êtres humains, tel que défini par l'article 225-4-1 du code pénal, de façon à ce qu'il puisse permettre de sanctionner efficacement les employeurs soumettant à des conditions de travail indignes les travailleurs sans droit au séjour et autorisation de travail.

Dans son rapport sur les droits fondamentaux des étrangers, il s'inquiétait plus généralement de l'inflation des textes tendant à pénaliser spécialement l'étranger. Il dénonçait une emprise croissante du droit pénal sur le contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers, tendant à

l'émergence d'un véritable « *droit pénal de l'immigration* »<sup>9</sup>. Il y voyait une assimilation regrettable et particulièrement inopportune de la figure du migrant à celle du délinquant, susceptible de fragiliser des personnes dont la vulnérabilité et le besoin de protection sont pourtant prégnants.

C'est pourquoi il ne peut que regretter que l'Assemblée nationale ait décidé d'introduire un nouvel article 19 bis visant à modifier plusieurs articles du code pénal pour offrir aux juridictions une possibilité supplémentaire de prononcer une ITF (interdiction du territoire français), sanction pénale, pour certaines infractions délictuelles exclues jusqu'à présent comme par exemple : les violences aggravées, les agressions sexuelles, les mariages forcés, les vols aggravés car visant un objet classé, etc.

**Considérant que les dispositions prévues par l'article 19 du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale confirme ses inquiétudes relatives à l'émergence d'un droit pénal d'exception visant spécifiquement la figure de l'étranger, le Défenseur des droits :**

- **Rappelle les obligations qui incombent à la France en vertu de l'article 31 de la Convention de 1951 de l'ONU sur les réfugiés, selon lesquelles les États « *n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation* » ;**
- **Réitère ses recommandations tendant à l'abrogation du délit prévu à l'article 441-8 du code pénal ;**
- **Recommande l'abandon des dispositions prévoyant la possibilité d'assortir d'une peine d'interdiction du territoire français les sanctions pénales susceptibles d'être prises à l'encontre de l'étranger aux opérations de prises d'empreintes et de photographies prévues par l'article L.611-3 du CESEDA ;**
- **Préconise que l'article 19 bis nouveau relatif à la multiplication des hypothèses dans lesquelles pourront être prononcées des ITF soit supprimé, la disproportion entre l'infraction commise - notamment vol d'objet classé - et la sanction pénale d'interdiction du territoire français pendant plusieurs années paraissant manifeste.**

---

<sup>9</sup> D. LOCHAK, « Pénalisation », Dossier « L'étranger et le droit pénal », *AJ Pénal*, jan. 2016, p. 10 et s.

# III. Séjour et Intégration

---

## 1. Quelques améliorations mais parfois inabouties en matière de droit au séjour...

### a) Séjour des bénéficiaires d'une protection internationale et des membres de leur famille

**Bénéficiaires de la protection subsidiaire, apatrides et membres de leur famille** — Art. 1 et 2 du PJJ

#### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

Le texte prévoit la création d'une carte pluriannuelle de 4 ans dès la première admission au séjour pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire, les apatrides et les membres de leur famille et non plus une carte de séjour d'un an (nouveaux articles L.313-25 et 26 – article 1<sup>er</sup> du PJJ).

Il prévoit également la délivrance d'une carte de résident de 10 ans aux bénéficiaires de la protection subsidiaire, des apatrides et des membres de leur famille lors du premier renouvellement de leur titre, c'est-à-dire après 4 années de résidence régulière sur le territoire (article L.314-11 - article 2 du PJJ).

#### *Analyse du Défenseur des droits :*

Le projet de loi introduit ainsi une amélioration importante en matière de droit au séjour des bénéficiaires de la protection subsidiaire, des apatrides et des membres de leur famille qui bénéficieront désormais, dès la première admission au séjour, d'un titre de séjour plus pérenne.

L'accès à la carte de résident sera également plus rapide pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire et les membres de leur famille. Il conduira toutefois à le retarder d'un an pour les apatrides. Aujourd'hui, la carte de résident est en effet délivrée de plein droit aux apatrides dès trois années de résidence régulière en France ; après la réforme, elle ne le sera qu'après quatre années de résidence régulière (article L.314-11 9°)

Enfin, le Défenseur des droits approuve l'alignement des dispositions relatives au séjour des bénéficiaires de la protection subsidiaire et des apatrides. Il continue toutefois à regretter le maintien d'une différence avec le droit au séjour accordé aux réfugiés.

**Les modifications envisagées par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale vont dans le sens d'une sécurisation du droit au séjour des bénéficiaires de la protection subsidiaire et des apatrides. Aussi, le Défenseur des droits ne peut que les soutenir et recommander qu'elles soient maintenues à l'occasion de la discussion devant le Sénat. Toutefois, il estime que le droit au séjour des bénéficiaires de la protection subsidiaire et des apatrides pourrait encore être renforcé.**

**C'est pourquoi le Défenseur des droits réitère sa recommandation émise dans ses avis n°14-10 du 6 novembre 2014 et n°15-05 du 1er avril 2015 sur le projet de loi**

**portant réforme de l'Asile - tendant à l'alignement du droit au séjour de tous les étrangers protégés, quel que soit le fondement de leur protection.**

**Il recommande donc que leur soit accordé, à l'instar des réfugiés, dès l'attribution de la protection internationale ou la déclaration d'apatridie, une carte de résident, titre de nature à favoriser une intégration la plus rapide possible dans la société. Il rappelle à ce sujet que les titulaires d'un titre de séjour moins pérenne rencontrent de plus grandes les difficultés pour trouver un emploi, souscrire un prêt, etc.**

### **Séjour des membres de famille d'un réfugié — Art. 2 du PJJ**

#### ***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le texte prévoit la suppression de la condition de régularité du séjour exigée des membres de famille d'un réfugié (conjoint, enfants, ascendants d'un réfugié mineur non marié) dans le cadre de la délivrance de plein droit d'une carte de résident.

#### ***Analyse du Défenseur des droits :***

Conformément à l'article L.314-11 8° du CESEDA, la carte de résident est délivrée de plein droit à certaines catégories de ressortissants étrangers, au rang desquels figurent les ascendants directs au premier degré de réfugiés lorsque ceux-ci sont mineurs et non mariés.

Toutefois, cette délivrance de plein droit est à ce jour subordonnée à une condition de régularité de séjour si bien que les parents de réfugiés en situation irrégulière ne peuvent en principe y prétendre.

Pourtant, le refus de délivrer une carte de résident au parent d'un enfant reconnu réfugié apparaît contestable au regard du droit de l'Union européenne et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, dans une instruction du 18 mars 2014 relative au droit au séjour des ascendants de mineurs bénéficiaires d'une protection internationale, le ministère de l'Intérieur relève que la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2011, dite « Qualification », prévoit la délivrance aux parents de bénéficiaires d'une protection internationale d'un titre de même nature que celui délivré au bénéficiaire lorsque celui-ci est mineur et non marié. Or, le Défenseur des droits constate au travers des réclamations dont il est saisi que les pratiques préfectorales varient d'un département à l'autre : dans certains départements, les étrangers concernés se voient refuser la délivrance de tout titre de séjour au motif qu'ils se trouvent en situation irrégulière, tandis que, dans d'autres, ils bénéficient d'un droit au séjour plus précaire que celui qui aurait dû leur être accordé, car pris sur le fondement d'une admission exceptionnelle au séjour.

Des difficultés similaires sont constatées concernant les conjoints étrangers de réfugiés en situation irrégulière - donc non éligibles à la réunification familiale.

Afin de mettre un terme à cette instabilité juridique source d'inégalités de traitement, le Défenseur des droits recommandait, dans son avis n°17-14 du 15 décembre 2017, que l'article L.314-11 8° du CESEDA soit modifié pour exempter l'ensemble des membres de familles de réfugiés de la condition de régularité de séjour fixée par cet article.

**Le Défenseur des droits se réjouit de la disposition entérinée par l'Assemblée nationale tendant à supprimer la condition de régularité du séjour exigée des membres de famille d'un réfugié (conjoint, enfants, ascendants d'un réfugié mineur non marié) dans le cadre de la délivrance de plein droit de la carte de résident visée à l'article L.314-11 8° du CESEDA.**

**Si cette règle est maintenue par le Sénat – et appliquée par les préfetures – il s'agira indéniablement d'une avancée tant pour de nombreux membres de famille de réfugiés qui se retrouvent en situation irrégulière et rencontrent des difficultés pour se voir accorder un droit au séjour, que pour l'intégration des ressortissants étrangers à qui la France a accordé une protection.**

### ***Droit à la réunification familiale du mineur protégé — Art. 3 du PJJ***

#### ***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le texte inscrit dans la loi le principe selon lequel les parents du mineur non marié reconnu réfugié qui bénéficient de la réunification familiale (article L.752-1) peuvent entrer sur le territoire accompagnés des enfants mineurs non mariés dont ils ont la charge effective (article 3 1° du PJJ).

#### ***Analyse du Défenseur des droits :***

Le Défenseur des droits se réjouit de cette avancée notable, votée par l'Assemblée nationale, qui permettra au mineur protégé d'être rejoint par l'ensemble de sa famille et à son parent de voir garanti son droit au respect de la vie privée et familiale.

Le Défenseur des droits regrette toutefois que le projet de loi n'ait pas été l'occasion de prévoir d'autres modifications visant à améliorer la procédure de réunification familiale.

En effet, comme il l'indiquait dans son avis n°14-10 du 6 novembre 2014, des difficultés persistent quant à l'étendue et à la mise en œuvre de cette procédure.

**D'une part, la réunification familiale n'a lieu qu'après délivrance du titre de séjour du réfugié**, cette formalité prenant dans les faits beaucoup de temps, notamment lorsque les personnes bénéficiant d'une protection internationale sont des mineurs, non soumis à une obligation de détenir un titre de séjour.

Or, le droit à l'asile comprend bien évidemment le droit d'avoir sa famille auprès de soi, d'autant que la procédure qui a mené à la protection a pu être longue et conduire à une importante séparation des membres de la famille. Pendant ce temps, ceux restés au pays peuvent en outre craindre eux-mêmes certaines mesures de persécutions ou de représailles.

**D'autre part, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale demeure une nouvelle fois muet concernant un autre obstacle que les bénéficiaires d'une protection internationale ont très fréquemment à franchir : la délivrance des visas dans le cadre de la réunification familiale.**

Les problèmes sont avant tout liés à la reconnaissance des liens de filiation avec les membres de la famille que les réfugiés cherchent à faire venir.

Pour mémoire, un rapport du Haut-Commissariat aux réfugiés « *Vers un nouveau départ : l'intégration des réfugiés* » de septembre 2013 avait mis en évidence les difficultés liées aux délais de traitement excessifs dans la délivrance des visas. La Cour européenne des droits de

l'Homme elle-même avait condamné la France le 10 juillet 2014 en considérant qu'elle ne respectait pas les exigences de souplesse, célérité et effectivité qui lui incombait lorsqu'elle délivrait des visas à des personnes désirant rejoindre leur famille, réfugiée notamment, sur le territoire français (Cour EDH, 10 juillet 2014, 5<sup>e</sup> Sect. *Senigo Longue c. France*, Req. n°19113/09 ; *Tanda-Muzinga c. France*, Req. n°2260/10 ; *Ly c. France*, Req. n°23851/10 ; *Mugenzi c. France*, Req. n° 52701/09). La Cour exige par ailleurs que les autorités nationales fassent connaître à l'intéressé les raisons qui s'opposent à la mise en œuvre du regroupement familial. Sans remettre en cause la difficulté pour les autorités nationales d'évaluer l'authenticité d'actes d'état civil, la Cour de Strasbourg estime que la nécessaire prise en compte de vulnérabilité des réfugiés implique de leur accorder le bénéfice du doute lorsque l'on apprécie la crédibilité de leurs déclarations et des documents soumis à l'appui de celles-ci. Le Défenseur des droits continue d'être régulièrement saisi de telles difficultés.

**Tout en saluant les modifications apportées à l'article L.752-1 du CESEDA, le Défenseur des droits renouvelle ses recommandations antérieures tendant à ce que :**

- **La réunification familiale soit prononcée avant la délivrance matérielle du titre de séjour, notamment pour les mineurs ;**
- **L'administration informe les intéressés concernant les modes de preuves auxquels ils peuvent recourir pour établir les liens de filiation ;**
- **La loi élargisse les moyens de preuve en matière d'établissement des liens familiaux et rappelle, conformément aux arrêts de la CEDH susvisés, que le doute sur l'authenticité d'actes d'état civil étrangers doit bénéficier au demandeur en raison de son état de vulnérabilité ;**
- **Soient inscrites dans la loi les exigences de souplesse, célérité et effectivité qui s'imposent à l'administration lorsqu'elle délivre des visas dans le cadre de la réunification familiale, conformément aux arrêts de la CEDH susmentionnés.**

***Examen médical des mineurs réfugiées ou sollicitant une protection en raison d'un risque de mutilation sexuelle — Art. 3 du PJJ***

***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

L'Assemblée nationale a étendu la protection aux mineurs de sexe masculin invoquant un risque de mutilation sexuelle de nature à altérer leur fonction reproductrice. Moins courante que l'excision, ces pratiques demeurent néanmoins encore en vigueur et il est heureux que les garçons puissent en être protégés.

Toutefois, les modalités du contrôle de cette protection restent inchangées.

Le texte prévoit une transmission directe du certificat médical destiné à constater l'absence de mutilation sexuelle, du médecin qui l'a établi à l'OFPRA, lors de la procédure de demande d'asile (article L.723-5) ou une fois la protection accordée (article L.752-3). Jusqu'à ce jour, cette transmission à l'OFPRA est confiée aux parents de l'enfant.

***Analyse du Défenseur des droits :***

Depuis la loi n°2015-295 du 29 juillet 2015 réformant l'asile, la transmission d'un certificat médical constatant l'absence de mutilation sexuelle des mineures réfugiées est exigée tant lors de la procédure de demande d'asile que pour la poursuite du bénéfice de la protection internationale lorsqu'elle a été accordée sur ce fondement.

Un arrêté du 23 août 2017 est venu préciser que l'examen en question devait être pratiqué par des praticiens « *inscrits au tableau de l'ordre des médecins, titulaires d'un diplôme ou d'un titre universitaire en médecine légale reconnu par le Conseil national de l'ordre des médecins ou d'un droit d'exercice délivré par l'ordre des médecins en médecine légale, et exerçant une fonction médicale au sein d'unités hospitalières spécialisées dans la prise en charge médico-légale du vivant* » (services médico-judiciaires).

La transmission directe du certificat médical en question par le médecin habilité à l'OFPRA est présentée comme une mesure de facilitation et de réduction des délais, ce qu'elle est indéniablement.

Elle peut cependant aussi être considérée comme une mesure de suspicion à l'égard des parents de l'enfant qui pourrait allonger la durée de la procédure, si ces derniers ne transmettent pas ou pas suffisamment rapidement le certificat.

Cela étant dit et de manière plus générale s'agissant du principe même du certificat médical, le Défenseur des droits tient à rappeler les réserves qu'il avait émises dans son avis n°14-10 du 6 novembre 2014 sur cette disposition.

En effet, la possibilité prévue à l'article L.752-3 du CESEDA de demander un certificat médical dans le cas particulier où une protection a été accordée à une mineure exposée à un risque d'excision est ouverte à l'OFPRA « *tant que ce risque existe* » et le refus de transmettre le certificat lui permettra de saisir le procureur de la République.

En créant cet article, la loi du 29 juillet 2015 a donné une base légale à une pratique très contestée au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, pour faire perdurer le bénéfice d'une protection au titre de l'asile, doit subir régulièrement des examens gynécologiques et/ou « *simplement* » visuels, non dénués de tout caractère traumatique.

Bien que l'arrêté du 23 août 2017 susvisé ait apporté quelques précisions sur les modalités d'établissement du certificat médical, notamment s'agissant de l'autorité médicale habilitée pour l'établir et la nécessité de rechercher le consentement de l'enfant, un tel contrôle apparaît encore tout à la fois stigmatisant, peu pertinent et trop intrusif et des incertitudes demeurent quant aux conséquences du défaut d'établissement dudit certificat sur la protection internationale accordée à l'enfant.

### **Un contrôle stigmatisant**

Ce contrôle - le seul qui existe à l'égard des bénéficiaires d'une protection internationale en raison de l'appartenance à un groupe social - traduit une forme de défiance à l'égard des parents dont les mineures sont protégées, les considérant au mieux incapables de veiller à leur protection, au pire les désignant comme des personnes ayant instrumentalisé un risque pesant sur leurs filles afin de bénéficier d'un droit au séjour en France.

### **Un contrôle peu pertinent**

Ce contrôle semble manquer de pertinence à l'égard du but recherché, c'est-à-dire veiller au respect de l'intégrité du corps des jeunes filles, désormais des jeunes garçons aussi. En effet, s'il est totalement légitime et nécessaire de prévenir le risque d'excision ou autres mutilations dont peuvent être victimes certains mineurs, cette attention ne saurait être cantonnée aux seuls bénéficiaires d'une protection internationale mais devrait viser la protection de tous les jeunes susceptibles d'être concernés, par la formation de tous les acteurs susceptibles de rencontrer les enfants (médecins traitants, médecins scolaires, personnel du corps enseignant...) et l'information des parents afin de les sensibiliser sur le fait que ces pratiques sont constitutives d'un crime.

Les personnes bénéficiant d'une protection internationale à ce titre devraient au contraire être considérées comme plus sensibilisées que les autres à cette problématique, compte-tenu de l'initiative qu'elles ont prise.

### **Un contrôle trop intrusif pour être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant**

Le Défenseur des droits et son adjointe, Défenseure des enfants, continuent à s'interroger sur les conséquences psychologiques pour de jeunes enfants que peut engendrer le fait d'être soumis chaque année à ce type d'examen, lequel vise avant tout à corroborer la parole de ses parents.

En effet, la littérature sur ce sujet indique que les examens gynécologiques - ou ceux s'en approchant -, pour limiter les répercussions psychologiques sur les enfants, ne doivent être réalisés que lorsque le suivi médical ou les impératifs d'une enquête qui vise à protéger l'enfant d'un risque de maltraitance oblige les médecins à y recourir. De plus, il ne doit pas être réitéré. Le consentement de l'enfant et l'explication quant au sens d'une telle pratique permettrait de rendre cet examen moins traumatisant.

Dans le dispositif d'espèce, et bien que sa recherche soit imposée, il semble que l'enfant ne soit *de facto* pas en mesure de s'y soustraire, puisqu'on comprend que de son acceptation de la pratique de cet examen dépend le maintien au séjour sur le territoire français de l'ensemble de la famille. L'examen lui est, en ce sens, imposé.

Par ailleurs, il semble difficile de donner à l'enfant une explication quant au sens d'un tel examen puisqu'il consiste, sans qu'aucun signalement n'ait été fait et sans qu'aucun indice dans le changement de son comportement n'ait été perçu, à contrôler que ses parents n'ont pas procédé à des mutilations génitales à son encontre et ce, de manière périodique.

### **Des incertitudes persistantes quant aux conséquences de l'absence de transmission du certificat médical sur la protection accordée à l'enfant**

Certes, l'article L.752-3 du CESEDA prévoit qu'« *Aucun constat de mutilation sexuelle ne peut entraîner, à lui seul, la cessation de la protection accordée à la mineure au titre de l'asile.* » et l'OFPPRA, dans son courrier adressé au Défenseur des droits en avril 2013, précisait qu'à défaut de délivrance dudit certificat ou de mutilation avérée, le procureur de la République serait saisi mais que la protection de la jeune fille demeurerait.

Il semble néanmoins que la loi demeure sur ce point encore trop floue au regard des enjeux.

Le législateur considère en effet que le constat de mutilation ne peut « *à lui seul* » entraîner la cessation de la protection accordée à l'enfant mineure, laissant penser que cette constatation ne constitue qu'un indice parmi d'autres du caractère devenu sans objet de la protection accordée. Pourtant, il ne précise à aucun moment les autres éléments susceptibles d'être pris en compte pour déterminer s'il y a lieu de maintenir la protection concernée.

Cette imprécision est d'autant plus inquiétante qu'elle doit être lue avec les dispositions de l'article L.711-4 du CESEDA relatives à la cessation du statut de réfugié. Cet article dispose en effet que « *L'Office français de protection des réfugiés et apatrides peut mettre fin, de sa propre initiative ou à la demande de l'autorité administrative, au statut de réfugié lorsque la personne concernée relève de l'une des clauses de cessation prévues à la section C de l'article 1er de la convention de Genève, du 28 juillet 1951* ». Cette section prévoit notamment que « *Si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister* », la personne bénéficiaire de la protection au titre de l'asile « *ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité* », ce qui implique que l'Etat l'ayant admis au bénéfice de cette protection peut y mettre fin.

Or, les mineures concernées ont été admises au bénéfice de l'asile précisément en raison des risques de mutilation sexuelle encourus dans l'Etat dont elles ont la nationalité. Dès lors, exiger que soit constatée l'absence ou non de mutilation revient de fait à vérifier que le seul risque encouru ayant fondé l'octroi de la protection n'a pas cessé d'exister.

Au regard de la combinaison de ces deux articles et en raison de l'imprécision de la loi, il est donc à craindre que seul le constat de mutilation sexuelle soit dans les faits retenu par l'OFPRA pour décider de la cessation de la protection et donc la perte du droit au séjour des mineures concernées. Ceci est d'autant plus regrettable que la réponse donnée à une excision devrait être exclusivement pénale - l'excision est un crime - mais ne devrait avoir aucun impact sur le droit au séjour de cet enfant.

**Dès lors le Défenseur des droits:**

- **Préconise que l'extension de la protection internationale aux mineurs de sexe masculin soit maintenue à l'occasion du vote de la loi par le Sénat ;**
- **Réitère les recommandations de son avis 14-10 tendant à ce que ces examens « médicaux » soient supprimés, la lutte contre les mutilations génitales et leur prévention devant se faire à l'égard de tous les mineurs et non pas seulement ceux dont les parents ont obtenu une protection internationale à ce titre.**
- **Préconise à tout le moins que soit suspendue l'exigence d'examen médical pour le maintien du bénéfice de la protection accordée pour risque d'excision ou autres mutilations avant que ne soient définies au préalable les conséquences de la non présentation dudit certificat sur le droit au séjour des mineurs concernés.**

**b) Protection des victimes de violences conjugales et familiales — Art. 32,33 et 35 du PJJ**

***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le texte contient plusieurs dispositions visant à harmoniser et mettre en cohérence les différentes protections prévues par le CESEDA à l'égard des victimes de violences familiales ou conjugales.

***Alignement de la protection des personnes menacées de mariage forcé sur celles des victimes de violences conjugales :*** depuis la loi du 7 mars 2016, les personnes qui bénéficient d'une ordonnance de protection en raison de la menace d'un mariage forcé doivent se voir délivrer un titre de séjour dans les plus brefs délais (article L.316-3 du CESEDA, dernier alinéa). Toutefois, le texte ne prévoit pas pour ces dernières d'exemption à la condition d'entrée en France via un visa de long séjour (VLS) ni n'indique que le titre délivré doit autoriser à travailler. Il s'agit là d'une différence notable avec le dispositif prévu au même article pour les personnes bénéficiant d'une ordonnance de protection en raison de violences conjugales. Aussi, le projet de loi prévoit de mettre en cohérence les protections accordées aux différents bénéficiaires d'une ordonnance de protection en ajoutant au dernier alinéa de l'article L.316-3 du CESEDA que les personnes bénéficiant d'une ordonnance de protection en raison de la menace d'un mariage forcé sont dispensées de présenter un VLS et que le titre qui leur est délivré autorise à travailler.

***Accès à la carte de résident de plein droit pour les victimes de violences conjugales :*** en l'état du droit actuel, l'article L.316-4 du CESEDA prévoit que l'étranger qui a déposé plainte en raison de violences conjugales *peut* se voir délivrer une carte de résident en cas de

condamnation définitive de la personne mise en cause. Le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoit que cette délivrance se fera *de plein droit*.

**Elargissement des protections aux victimes de violences familiales** : la loi du 7 mars 2016 a étendu aux conjoints de Français victimes de violences familiales les protections déjà prévues pour les conjoints de Français victimes de violences conjugales : par exception aux dispositions prévoyant que le renouvellement de la carte de séjour temporaire délivrée au conjoint de Français est subordonné à la condition que la communauté de vie n'ait pas cessé. Il est ainsi prévu que « *lorsque l'étranger a subi des violences familiales ou conjugales et que la communauté de vie a cessé, l'autorité administrative ne peut procéder au retrait du titre de séjour et en accorde le renouvellement* » (article L.313-12 du CESEDA). Le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoit de procéder à une extension de protection similaire pour ce qui concerne le régime applicable au retrait de la carte de résident délivrée au conjoint de Français ainsi que pour les cartes de séjour temporaires délivrées dans le cadre du regroupement familial : en cas de rupture de la vie commune liée à des violences familiales (et non plus seulement conjugales), la carte de résident délivrée au conjoint de Français ne pourra être retirée. De même, la carte de séjour temporaire délivrée au conjoint entré au titre du regroupement familial ne pourra être retirée et devra être renouvelée si son titulaire a rompu la communauté de vie après avoir subi des violences familiales (et non plus seulement conjugales).

**Sous couvert de nécessités de coordination, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale prévoit en outre, en son article 35 11°, d'élargir aux bénéficiaires d'une ordonnance de protection l'exclusion de la carte de séjour pluriannuelle déjà prévue dans le droit actuellement en vigueur pour les victimes de la traite ou du proxénétisme.**

#### *Analyse du Défenseur des droits :*

Dans le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers en France*, le Défenseur des droits prenait acte de ce que la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, de même que celle du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers, avaient largement contribué à renforcer les protections prévues par le CESEDA au bénéfice des victimes de violences familiales ou conjugales. Il déplorait toutefois que l'effectivité de ces protections se trouve parfois affaiblie du fait de certaines pratiques préfectorales. A cet égard, il recommandait que des instructions soient prises pour rappeler aux préfets le droit applicable et les guider dans l'appréciation qu'ils peuvent être amenés à faire de la réalité des violences subies. En outre, si le Défenseur des droits constatait avec satisfaction que sa recommandation tendant à ce que le renouvellement des titres de séjour délivrés aux victimes de violences conjugales soit rendu obligatoire avait été suivie par le législateur, il relevait néanmoins que le dispositif législatif prévu pour les victimes de violences conjugales pouvait encore être renforcé, notamment à l'égard des personnes bénéficiant d'une ordonnance de protection. Il recommandait ainsi que la protection prévue pour ces dernières soit étendue aux personnes ayant bénéficié d'une telle ordonnance.

A cet égard, et alors même qu'il avait recommandé, dans son rapport de mai 2016, la suppression des dispositions législatives tendant à exclure les victimes de la traite ou du proxénétisme du bénéfice de la carte de séjour pluriannuelle, le Défenseur des droits ne peut que s'opposer, *a fortiori*, aux dispositions du texte prévoyant d'élargir cette exclusion aux personnes bénéficiaires d'une ordonnance de protection et titulaires à ce titre d'une carte de séjour délivrée sur le fondement de l'article L.316-3 du CESEDA. Si l'exclusion du bénéfice de la carte pluriannuelle peut en effet se comprendre pour certaines catégories d'étrangers (« visiteurs », « stagiaires », « travailleurs temporaires »), eu égard à la nature par essence temporaire de leur séjour, l'exclusion des personnes victimes de violences du bénéfice d'un

tel dispositif de droit commun apparaît en revanche injustifiée dès lors qu'elle tend à les maintenir, en dépit de leur extrême vulnérabilité, dans une situation administrative précaire, laissant planer l'ombre d'un couperet sur l'ensemble de leur projet de reconstruction.

Enfin, le Défenseur des droits relève qu'en l'état actuel du droit, seuls les conjoints (mariés) de Français ou d'étrangers installés dans le cadre du regroupement familial bénéficient d'une protection de leur droit au séjour en cas de rupture de la vie commune liée à des violences. Rien n'est en revanche prévu lorsque le droit au séjour découle certes de la situation familiale mais a été acquis hors de ces cadres. Aussi, les femmes étrangères pacsées ou vivant en concubinage avec un Français, un ressortissant européen ou un étranger en situation régulière, de même que celles entrées en France sans visa de long séjour sont – sauf à bénéficier d'une ordonnance de protection – exposées au risque de perdre leur droit au séjour en cas de rupture de la communauté de vie liée à des violences. Ce silence de la loi les place dans une situation de danger puisqu'il pourrait les dissuader d'entreprendre les démarches nécessaires pour dénoncer les violences et faire valoir leurs droits. Aussi, le Défenseur des droits souhaite que le projet de loi puisse être l'occasion de prendre les dispositions nécessaires à garantir une meilleure protection de ces personnes.

**Le Défenseur des droits ne peut que soutenir les modifications envisagées par le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, lesquelles vont incontestablement dans le sens d'un renforcement des dispositions législatives visant à prévenir et lutter contre les violences familiales et conjugales. Il préconise qu'elles soient entérinées par le Sénat. Toutefois, il estime que le projet de loi pourrait être l'occasion de compléter le dispositif prévu par le CESEDA en intégrant aux bénéficiaires des protections :**

- ***Les personnes ayant bénéficié par le passé d'une ordonnance de protection :*** le Défenseur des droits réitère sur ce point sa recommandation tendant à ce que le renouvellement du titre de séjour délivré aux personnes bénéficiant d'une ordonnance de protection sur le fondement de l'article L.316-3 du CESEDA continue d'être garanti après l'expiration de l'ordonnance. Cette garantie, nécessaire à la reconstruction des personnes concernées, devrait bénéficier aux victimes de violences conjugales comme aux personnes menacées de mariage forcé ;
- ***Les victimes de violences conjugales ou familiales non mariées :*** à l'instar de ce qui existe pour les conjoints de Français ou d'étrangers installés dans le cadre du regroupement familial, ces personnes devraient bénéficier d'une protection de leur droit au séjour en cas de rupture de la communauté de vie liée à des violences familiales. L'article L.313-11 7° du CESEDA pourrait être modifié en ce sens pour prévoir que le titre délivré sur ce fondement ne peut être retiré et doit être renouvelé lorsqu'il apparaît que c'est du seul fait des violences familiales ou conjugales que les conditions qui avaient présidé à sa délivrance ne sont plus réunies.

**En revanche, le Défenseur des droits recommande l'abandon des dispositions de l'article 35 11° du projet prévoyant d'exclure du bénéfice de la carte de séjour pluriannuelle les personnes titulaires d'un titre délivré sur le fondement de l'article L.316-3 du CESEDA (bénéficiaires d'une ordonnance de protection). L'accès à un titre pluriannuel apparaît en effet comme une condition essentielle à la reconstruction des personnes concernées ainsi qu'à l'éventuel aboutissement de leurs démarches judiciaires. Le Défenseur des droits réitère en outre sa recommandation tendant à ce que la possibilité de solliciter la délivrance d'un titre pluriannuel soit ouverte aux**

**personnes titulaires d'un titre délivré sur le fondement de l'article L.313-1 du CESEDA (victimes de la traite ou du proxénétisme).**

c) Refonte des régimes du Titre d'identité républicain (TIR) et du Document de circulation pour étranger mineur (DCEM) — Art. 24 du PJJ

Le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale simplifie le régime applicable à la délivrance des documents de voyage pour étrangers mineurs en procédant, notamment, à la fusion du titre d'identité républicain (TIR) et du document de circulation pour étranger mineur (DCEM).

*Rappel du droit actuellement applicable :*

Si les mineurs étrangers résidant en France ne sont pas soumis à l'obligation de détenir un titre de séjour, ils sont en revanche soumis aux mêmes obligations de visas que les étrangers majeurs. Aussi, pour faciliter leurs déplacements hors de l'espace Schengen et leur éviter d'avoir à solliciter un nouveau visa à chaque retour en France, la loi prévoit qu'ils puissent, à certaines conditions, se voir délivrer un document de voyage pour étranger mineur.

En l'état actuel du droit, deux types de documents sont prévus, selon que le mineur est né ou non en France :

- Le titre d'identité républicain (TIR), délivré de plein droit aux mineurs étrangers nés en France, sous réserve de la régularité du séjour de leurs parents (article L.321-3 du CESEDA) ;
- Le document de circulation pour étranger mineur (DCEM), délivré sous certaines conditions aux mineurs étrangers nés hors de France.

Issues de plusieurs réformes successives, les règles présidant à la délivrance de ce dernier document sont complexes et parfois peu lisibles. Ainsi, l'article L.321-3 du CESEDA prévoit plusieurs cas de délivrance de plein droit, auxquels s'ajoutent des cas de délivrance discrétionnaire prévus par l'article D.321-6 du même code. En outre, des règles distinctes peuvent s'appliquer aux mineurs de certaines nationalités en raison de l'application d'accords bilatéraux. C'est notamment le cas des mineurs algériens, pour qui la délivrance du DCEM est fixée par l'article 10 de l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 suivant des règles un peu différentes - et parfois moins favorables - que celles prévues par le droit commun.

*Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

Le projet de loi, non modifié par l'Assemblée nationale sur ce point, prévoit de fusionner le TIR et le DCEM. Il n'y aurait ainsi plus que des DCEM délivrés de plein droit aux étrangers mineurs résidant en France, à des conditions plutôt larges et favorables. En particulier, le DCEM serait délivré à tout enfant dont l'un des parents est français ou dont au moins l'un des parents est titulaire d'une carte de séjour d'un an, d'une carte pluriannuelle ou d'une carte de résident. A Mayotte toutefois, le mineur devra en outre être né sur le territoire français.

*Analyse du Défenseur des droits :*

Le Défenseur des droits se trouve régulièrement saisi de cas de refus de DCEM, notamment opposés à des enfants algériens ou marocains recueillis par *kafala* par des ressortissants français ou des étrangers en situation régulière. En effet, ni l'Accord franco-algérien ni le droit commun ne permettent de régler de façon certaine ces situations, si bien que les enfants recueillis par *kafala* semblent, toutes choses égales par ailleurs, se trouver dans une situation moins favorable que les autres mineurs étrangers. Cette différence de traitement affecte leur

droit de quitter la France ainsi que leur droit au respect de la vie privée et familiale, tous deux garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme. Aussi, le Défenseur des droits est intervenu à plusieurs reprises auprès de préfets pour solliciter le réexamen des situations et la délivrance de DCEM aux enfants concernés. Dans une décision n° 2017-126 du 14 avril 2017, il considérait que l'interprétation restrictive de la notion de « parent » retenue par un préfet pour refuser la délivrance d'un DCEM à un mineur algérien recueilli par *kafala* par des ressortissants français emportait des effets contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant et susceptibles de caractériser une discrimination fondée sur la nationalité et les circonstances de la naissance. Il décidait en conséquence de présenter des observations devant la juridiction saisie par les réclamants. Quelques jours avant l'audience, le préfet s'est rangé à l'avis du Défenseur des droits et a délivré le document sollicité.

Par courrier demeurant sans réponse à ce jour, le Défenseur des droits a appelé l'attention du ministre de l'Intérieur sur les difficultés soulevées par la complexité du droit applicable à la délivrance des DCEM, notamment pour les enfants recueillis par *kafala*. Il s'appropriait ainsi à formuler des recommandations au soutien de la nécessité de clarifier les modalités de délivrance des DCEM.

**Le Défenseur des droits est favorable à la simplification proposée par le projet de loi et recommande que cette version soit maintenue par le Sénat, considérant qu'elle permettrait, grâce à la prise en compte des enfants étrangers de Français et à une liste élargie des titres de séjour devant être détenus par l'un des parents pour permettre à l'enfant de bénéficier du DCEM, de résoudre plusieurs des difficultés portées à sa connaissance. Il constate toutefois que plusieurs points risquent, en dépit de cette amélioration, de demeurer problématiques. Dans le souci de garantir l'intérêt supérieur des enfants concernés, le Défenseur des droits formule ainsi les recommandations suivantes :**

**- Accès aux DCEM des enfants recueillis par *kafala* :** le texte pourrait être plus explicite et inclure expressément les enfants « *recueillis* » ou pour lesquels il existe une délégation d'autorité parentale. Si cette recommandation était suivie, il conviendrait que le ministre de l'Intérieur réitère ses instructions tendant à ce que les ressortissants algériens et tunisiens puissent bénéficier des dispositions de droit commun en matière de délivrance des DCEM (cf. circulaire NOR : INTD9900094C) ;

**- Accès aux DCEM des enfants malades :** l'autorisation provisoire de séjour (APS) délivrée aux parents d'enfants malades pourrait être ajoutée à la liste des titres admis pour ouvrir le bénéfice du DCEM ;

**- Restrictions spécifiques à Mayotte :** ces restrictions confortent la mise en place d'un droit ultra-marin d'exception (voir *supra* la position du Défenseur des droits sur ce point). Le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à leur suppression et l'alignement du droit applicable à Mayotte sur le droit commun.

d) Remplacement de l'autorisation provisoire de séjour « étudiant en recherche d'emploi » par une carte de séjour d'un an — Art. 21-II du PJJ

#### **Rappel du droit actuellement applicable :**

L'article L.311-11 du CESEDA prévoit qu'une autorisation provisoire de séjour (APS) d'une durée de validité de douze mois non renouvelable est délivrée à l'étranger ayant obtenu, dans un établissement d'enseignement supérieur, un diplôme au moins équivalent au grade de master et qui :

- Soit, entend compléter sa formation par une première expérience professionnelle en lien avec cette formation ;
- Soit, justifie d'un projet de création d'entreprise dans un domaine correspondant à sa formation.

A l'issue de la période de douze mois, l'intéressé pourvu d'un emploi ou d'une promesse d'embauche en lien avec sa formation, ou justifiant de la création et du caractère viable de l'entreprise annoncée, se voit délivrer une carte de séjour temporaire mention « salarié » ou « entrepreneur / profession libérale ».

### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

Le texte prévoit de remplacer l'APS « étudiant en recherche d'emploi » par une carte de séjour temporaire portant la mention « recherche d'emploi ou création d'entreprise ». Le bénéfice de cette carte valable un an non renouvelable sera étendu au titulaire du passeport talent « chercheur » remplissant les mêmes conditions ainsi qu'à tout étranger qui, à la suite de l'obtention de son diplôme en France, aura quitté le territoire moins de quatre années auparavant et souhaitera y revenir pour y exercer une activité professionnelle en lien avec les études qu'il y avait suivies.

### *Analyse du Défenseur des droits :*

Les dispositions précitées font partie de celles prises aux fins de transposer la directive UE 2016/801 dite « étudiants/chercheurs ». Elles sont en cela conformes aux exigences européennes.

Sur le fond, la transformation de l'APS « étudiant en recherche d'emploi » en une carte de séjour temporaire – par essence plus pérenne – peut être saluée. Toutefois, cette modification n'apportera pas de changement véritablement substantiel à la situation des étudiants concernés puisque la carte est de durée égale à celle de l'APS auparavant délivrée et non renouvelable.

En revanche, cette modification pourrait être l'occasion de mettre en œuvre une recommandation formulée par le Défenseur des droits dans le *Rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers en France* et dans sa décision n° 2016-133 du 12 juillet 2016 tendant à ce qu'il soit mis fin aux discriminations fondées sur la nationalité induites par les actuelles dispositions du code du travail du fait de l'exclusion de la carte de séjour temporaire « étudiant » et de l'APS « étudiant en recherche d'emploi » de la liste des titres autorisant l'inscription au Pôle emploi.

**Pour mettre un terme aux discriminations fondées sur la nationalité induites par les actuelles dispositions du code du travail relatives à l'inscription des étrangers à Pôle emploi, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à ce que le titre de séjour « étudiant » soit ajouté à la liste des titres de séjour autorisant l'inscription au Pôle emploi, fixée par l'article R.5221-48 du code du travail.**

**Afin d'éviter l'émergence de nouvelles discriminations, le nouveau titre de séjour mention « recherche d'emploi ou création d'entreprise » devra également être ajouté à la liste lors de l'adoption des textes réglementaires d'application de la nouvelle loi.**

e) Extension du titre de séjour « passeport talent » à de nouvelles catégories d'étrangers  
— Art. 20 du PJJ

Afin d'assurer l'attractivité du titre « passeport talent » regroupant, depuis la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, les cartes « compétences et talents », « salariés en mission », « profession artistique et culturelle » et « scientifiques-chercheurs » délivrées à la marge, la loi offre des garanties importantes à ses bénéficiaires : une carte pluriannuelle de 4 ans leur est accordée dès la première admission au séjour ainsi qu'à leur conjoint. Toutefois, seul un nombre très restreint d'étrangers en bénéficie, les cartes de séjour « salarié » représentant, au vu des chiffres publiés par le ministère de l'Intérieur en 2016, l'écrasante majorité des titres de séjour délivrés dans le cadre de l'immigration professionnelle. Il s'agit donc d'une amélioration très résiduelle.

f) Habilitation à réformer le CESEDA par voie d'ordonnance pour créer un titre de séjour unique « salarié » et simplifier le régime des autorisations de travail — Art. 27 du PJJ

L'article 27 du projet de loi habilite le Gouvernement, dans le respect des conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, à modifier par voie d'ordonnances la rédaction de la partie législative du CESEDA pour la rendre plus accessible et pour y inclure des dispositions relevant d'autres codes ou non codifiées et intéressant l'entrée et le séjour des étrangers.

Ainsi qu'il a eu l'occasion de l'écrire dans son avis 18-09 à la commission des lois de l'Assemblée nationale, le Défenseur des droits sera particulièrement vigilant s'agissant du contenu des ordonnances à venir afin que les mesures de simplification envisagées soient effectivement mises en œuvre à droit constant, notamment en matière de protection sociale.

L'article 27 susvisé prévoit par ailleurs d'habiliter le Gouvernement à créer un titre de séjour unique pour les salariés et à simplifier le régime des autorisations de travail pour certaines catégories de salariés en cas d'embauche par des entreprises bénéficiant d'une reconnaissance particulière de l'Etat.

Le Défenseur des droits accordera là aussi plus grande attention aux conditions qui seront posées pour la délivrance et le renouvellement de ce nouveau titre de séjour afin qu'elles ne soient pas plus restrictives que celles actuellement en vigueur pour la carte de séjour portant la mention « salarié ».

La création de ce titre ne peut en effet avoir pour effet de précariser davantage le séjour des travailleurs salariés, thématique sur laquelle le Défenseur des droits a été amené à émettre un certain nombre de recommandations dans le *Rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers* de mai 2016.

Il lui semble enfin que la simplification du régime des autorisations de travail ne devrait pas concerner les seules entreprises bénéficiant d'une reconnaissance particulière de l'Etat.

**Pour ces raisons, le Défenseur des droits réitère sa demande d'être consulté par le Gouvernement sur les projets d'ordonnances à venir.**

g) De nouvelles dispositions introduites par l'Assemblée nationale visant à sécuriser le séjour de certaines catégories d'étrangers

**Deux évolutions notables à l'égard du travail des demandeurs d'asile et des mineurs non accompagnés**

- Travail des demandeurs d'asile – Art. 26 bis nouveau

Dans son avis 18-09 adressé à la commission des lois, le Défenseur des droits regrettait que les recommandations qu'il avait pu émettre dans son *Rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers en France* et renouvelées dans son avis n° 17-12 du 24 octobre 2017 concernant l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile n'aient pas été prises en compte.

Il rappelait à cet égard qu'en prévoyant que les demandeurs d'asile puissent accéder au marché du travail passé un délai de 9 mois, la réforme du droit d'asile adoptée en juillet 2015 n'a transposé qu'*a minima* les exigences du droit de l'Union européenne en la matière. Or, si le droit de l'Union impose aux Etats de garantir l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile dont la demande demeure sans réponse passé un délai de 9 mois, il ne leur interdit toutefois pas de l'autoriser plus en amont. Par ailleurs, le droit de l'Union prévoit que les Etats peuvent autoriser l'accès des demandeurs d'asile à la formation professionnelle, que ceux-ci aient ou non accès au marché du travail.

Au regard du besoin de protection particulier qui est le leur, offrir aux demandeurs d'asile les meilleures perspectives d'intégration possible est pourtant particulièrement opportun. C'est pourquoi, le Défenseur des droits constate avec satisfaction que cette possibilité a été pour une part retenue par l'Assemblée nationale, laquelle a introduit un article 26 bis nouveau au projet de loi adopté par l'Assemblée nationale aux termes duquel les demandeurs d'asile pourront désormais demander à être autorisés à travailler dans le délai de 6 mois à compter de l'introduction de leur demande d'asile, non plus 9 comme aujourd'hui.

Cette amélioration, qui va dans le sens des recommandations du Défenseur des droits, est d'autant plus intéressante que le nouvel article prévoit qu'au bout de deux mois de silence de l'administration, la demande d'autorisation de travail est réputée être acceptée.

L'évolution, si elle est à relever et mériterait d'être entérinée par le Sénat, reste toutefois partielle au regard des recommandations du Défenseur des droits qui préconisait un accès immédiat au marché du travail des demandeurs d'asile et, au-delà de 9 mois de procédure – 6 aujourd'hui - un accès au marché du travail sans que la situation de l'emploi ne soit opposable aux demandeurs d'asile.

Le Défenseur des droits avait également demandé, comme le permet le droit de l'Union européenne, que la France autorise l'accès des demandeurs d'asile à la formation professionnelle.

**Aussi, le Défenseur des droits préconise que les améliorations opérées par l'introduction du nouvel article 26 bis soient maintenues par le Sénat.**

**Il réitère par ailleurs sa recommandation tendant à ce que l'article L.744-11 du CESEDA soit modifié pour :**

- **Permettre aux demandeurs d'asile de solliciter, dès le début de la procédure, une autorisation provisoire de travail dans les conditions de droit commun applicables aux travailleurs étrangers ;**

- **Prévoir l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile sans que leur soit opposable la situation de l'emploi lorsque, passé un délai de 6 mois, il n'a pas encore été statué en première instance sur leur demande ;**
- **Ouvrir aux demandeurs d'asile le bénéfice des actions de formation professionnelle continue prévues à l'article L.6313-1 du code du travail dès le début de la procédure d'asile, ainsi que l'autorise l'article 16 de la directive « Accueil » de 2016 ;**
- **Prévoir expressément, conformément à l'article 15§3 de la directive « Accueil » de 2013, que les demandeurs d'asile ayant déposé un recours suspensif devant la CNDA, ont accès au marché du travail dans les mêmes conditions que celles mentionnées ci-dessus ou, *a minima*, dans les conditions de droit commun applicables aux travailleurs étrangers sollicitant la délivrance d'une autorisation provisoire de travail.**

- *Travail des mineurs non accompagnés – Art. 26 ter nouveau*

Le Défenseur des droits approuve l'introduction d'un article 26 ter qui modifierait l'article L.5221-5 du code du travail en précisant que la délivrance de plein droit d'une autorisation de travail aux ressortissants étrangers en vue de la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation concerne également les mineurs isolés étrangers pris en charge par l'aide sociale à l'enfance. Cette modification, qui clarifie la situation des mineurs non accompagnés souhaitant conclure un tel contrat, va dans le sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat et des recommandations que le Défenseur des droits a pu émettre dans sa décision n°2017-513.

Pour qu'une telle réforme ait un effet utile, le Défenseur des droits appellent toutefois l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité d'une modification de l'article R.5221-22 du code du travail afin de prévoir que la situation de l'emploi n'est pas opposable aux mineurs non accompagnés pris en charge par l'aide sociale à l'enfance, quel que soit l'âge à laquelle cette prise en charge est intervenue et sans qu'il soit besoin qu'un examen de la situation au regard du droit au séjour du jeune à la majorité ne soit au préalable réalisé par les autorités.

**Le Défenseur des droits salue cette disposition protectrice et recommande qu'elle soit maintenue à l'occasion du vote de la loi par le Sénat.**

***Deux autres évolutions à l'égard des étrangers malades et des étrangers ayant rendu service à la collectivité***

- *Etrangers malades – Art. 31 2° nouveau*

L'Assemblée nationale a adopté un amendement gouvernemental prévoyant que l'expertise médicale pour le titre de séjour pour soins faite par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (Ofii) ne pourra pas être remise en cause par l'autorité administrative sans motivation spéciale.

Le fait que le préfet aura à se justifier de ne pas tenir compte de l'avis du médecin de l'Ofii lorsque celui-ci se prononce en faveur du maintien en France de l'étranger gravement malade est une amélioration importante. Elle s'explique par les différentes condamnations jurisprudentielles, la Cour administrative de Lyon notamment à cet égard.

Elle est toutefois en-deçà des recommandations du Défenseur des droits selon lesquelles, en dehors des considérations d'ordre public, l'avis des médecins de l'Ofii lie le préfet dans sa décision d'admission au séjour lorsque ces avis sont favorables au maintien de la personne

malade sur le territoire français au regard de sa pathologie et de son impossible prise en charge dans son pays d'origine. En aucun cas, il n'appartient en effet aux services préfectoraux de se substituer aux médecins pour procéder à cette évaluation médicale.

**Pour cette raison, le Défenseur des droits préconise que cette garantie nouvelle soit préservée à l'occasion du vote de la loi par le Sénat.**

**Il réitère par ailleurs ses recommandations tendant à ce que l'autorité préfectorale ne puisse interférer dans la phase médicale de l'admission au séjour pour soins : l'avis du collège des médecins de l'Ofii doit lier le préfet dans sa décision d'admission au séjour lorsque ces avis, au vu de la pathologie et de l'impossible prise en charge dans le pays d'origine, sont favorables au maintien de la personne malade sur le territoire français.**

- *Etrangers ayant rendu service à la collectivité – Art. 33 ter nouveau*

Au vu de cette disposition introduite en séance publique à l'Assemblée nationale (« amendement Emmaüs »), bénéficient de plein droit de l'admission exceptionnelle au séjour prévue à l'article L.313-14 du CESEDA les personnes accueillies depuis plus de 3 ans dans des organismes assurant l'accueil et l'hébergement de personnes en difficultés et faisant participer ces personnes à des activités d'économie solidaire afin de favoriser leur insertion sociale et professionnelle. Cette admission est accordée pour services rendus à la collectivité, sous réserve d'absence de menace à l'ordre public.

**Le Défenseur des droits salue cette disposition protectrice et recommande qu'elle soit maintenue à l'occasion du vote de la loi par le Sénat.**

h) La possibilité pour les services de l'Education nationale de procéder à un accueil provisoire d'un enfant dans une école du premier degré en cas de refus du maire de procéder à son inscription — Art. 33 quater du PJJL

L'article 33 *quater* du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale vise à modifier l'article L.131-5 du code de l'éducation relatif aux modalités d'inscription d'un enfant dans une école du premier degré.

***Rappel du droit actuellement applicable :***

Cette inscription relève, conformément aux articles L.131-5 du code de l'éducation et L.2122-34 du code général des collectivités territoriales combinés, de la compétence du maire de la commune où l'enfant a sa résidence. En cas de refus du maire, le préfet y procède d'office.

La circulaire n° 2014-088 du 9 juillet 2014 du ministère de l'Education nationale portant règlement type départemental des écoles maternelles et élémentaires prévoit quant à elle qu'en cas de non présentation du certificat d'inscription délivré par le maire ou des documents attestant des vaccinations obligatoires, « (...) le directeur d'école procède pour les enfants soumis à l'obligation scolaire (...) à une admission provisoire de l'enfant ».

A cet égard, le Défenseur des droits avait tenu à rappeler, dans son rapport thématique de 2016 intitulé « *Droit fondamental à l'éducation : une école pour tous, un droit pour chacun* », que si l'inscription des enfants relève bien de la compétence des maires et des préfets, les directeurs académiques des services de l'Education nationale (DASEN) ainsi que les chefs d'établissement du 1<sup>er</sup> degré peuvent néanmoins procéder, en tenant compte de la

sectorisation des écoles arrêtée par la commune et dans la limite des capacités d'accueil, à l'admission provisoire des enfants qui n'auraient pas été inscrits par la mairie.

### ***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le texte prévoit d'élever au rang législatif la possibilité ouverte aux directeurs académiques de l'Education nationale d'autoriser l'accueil provisoire des enfants dont l'inscription scolaire aurait été refusée par le maire et de solliciter l'intervention du préfet pour qu'il procède à leur inscription définitive.

### ***Analyse du Défenseur des droits :***

L'article 33 *quater* du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale va incontestablement dans le sens des préconisations du Défenseur des droits et du traitement qu'il réserve aux situations qui lui sont soumises. L'inscription dans la loi des possibilités d'intervention des directeurs académiques en cas de refus de scolarisation illégalement opposés par des maires sert en effet l'intérêt supérieur des enfants et devraient contribuer à une meilleure effectivité de leurs droits. Toutefois l'on peut regretter que le texte finalement retenu ne vise que les directeurs académiques. Dans le même souci de préserver les enfants des conséquences d'un refus illégal d'inscription, il aurait pu être ajouté que les directeurs d'établissement jouissent des mêmes possibilités que les directeurs académiques, ainsi que cela avait d'ailleurs été envisagé initialement.

**Le Défenseur des droits est favorable à l'adoption de l'article 33 *quater* du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale. Il estime toutefois que le texte pourrait être précisé pour ajouter que les directeurs d'établissement peuvent également, dans l'attente de l'intervention du préfet, procéder à l'accueil provisoire des enfants qui auraient fait l'objet d'un refus d'inscription de la part de la mairie.**

## **2. ... nuancées par de nouvelles restrictions guidées par une logique de suspicion et susceptibles d'affecter l'effectivité de certains droits fondamentaux**

### **a) Le sort des parents d'enfants français — Art. 30 du PJJ**

Comme le relevait le Défenseur des droits dans son avis 18-09 à la commission des lois de l'Assemblée nationale, le projet de loi prévoit d'importantes restrictions à l'égard des ressortissants étrangers parents d'enfants français, tant en ce qui concerne leur droit au séjour que le droit à la filiation de leurs enfants. A deux nuances près, l'Assemblée nationale a entériné ces modifications législatives particulièrement préoccupantes et clairement contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant.

#### **o *Sur le droit au séjour des parents d'enfants français (art. 30 I)***

### ***Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :***

Le I de l'article 30 du projet de loi introduit une nouvelle condition de délivrance de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » délivrée au parent étranger d'un enfant français prévue à l'article L.313-11 6° du CESEDA. Il impose au parent français ayant reconnu l'enfant de démontrer qu'il contribue de manière effective à l'entretien et à l'éducation de celui-ci.

Cette modification impacterait également les conditions d'attribution de la carte de résident à un parent d'enfant français puisque l'article L.314-9 2° du CESEDA prévoit la délivrance de

plein droit d'une telle carte au parent d'un enfant français titulaire depuis au moins trois ans de la CST visée à l'article L.313-11 6° dès lors qu'il continue d'en remplir les conditions.

A ce jour, la condition de participation à l'entretien et à l'éducation des enfants est opposable au seul ressortissant étranger sollicitant le titre de séjour et non au parent de nationalité française (voir en ce sens *CAA Paris, 3 mars 2017, 16PA00212*).

Selon le gouvernement, cette modification est prise en application « *du principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et afin de prévenir les reconnaissances frauduleuses du lien de filiation* ».

Si l'objectif de lutte contre la fraude paraît légitime, le Défenseur des droits s'interroge toutefois sur la prise en compte effective de l'intérêt supérieur des enfants en présence, tel que garanti par l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant - directement applicable en droit français – qui stipule : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Il relève également les risques d'atteintes au droit au respect de la vie privée et familiale des personnes étrangères concernées et de violation du principe de non-discrimination en lien avec la nationalité dont celles-ci pourraient faire l'objet dans le cadre des directives de lutte contre la fraude mises en œuvre par les préfetures.

#### **Analyse du Défenseur des droits :**

La qualité de parent d'enfant français permet, sous certaines conditions, de bénéficier de plein droit d'une carte de séjour temporaire (article L.313-11 6° du CESEDA), d'une carte de résident (article L.314-9 2° du CESEDA) et d'une protection contre les mesures d'éloignement du territoire français (articles L.511-4 6°, L.521-2 1° et L.521-3 4° du CESEDA).

Ainsi, à l'heure actuelle et s'agissant de la disposition visée par la présente modification législative, l'article L.313-11 6° du CESEDA prévoit qu'une carte de séjour temporaire d'un an portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit à l'étranger qui ne présente pas une menace pour l'ordre public et qui ne vit pas en état de polygamie « *qui est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à la condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins deux ans [...].* » La condition liée à une entrée régulière en France n'est, dans cette hypothèse, pas exigée.

L'application de cette disposition se heurte cependant à une suspicion quasi systématique des administrations préfectorales eu égard au risque de fraude à la reconnaissance de paternité.

Le Défenseur des droits est d'ailleurs régulièrement saisi de réclamations relatives à des refus de séjour (première demande ou renouvellement) ou des retraits de titre de séjour opposés à des mères d'enfants français, motif pris du caractère frauduleux de la reconnaissance de paternité ayant permis à leur enfant d'acquérir la nationalité française.

Il est également saisi de nombreuses réclamations relatives à des délais anormalement longs d'instruction de demandes de titre de séjour (première demande ou renouvellement) déposées par des parents d'enfant français au motif qu'une enquête administrative ou judiciaire a été déclenchée du fait d'une suspicion de reconnaissance de paternité frauduleuse. Les intéressées se voient alors soit refuser la délivrance d'un récépissé, soit maintenues sous récépissé, avec ou sans autorisation de travail, pendant toute la durée de

la procédure de contestation du lien de filiation, ce dans un contexte où, aux dires mêmes des autorités judiciaires, « *l'enquête est ardue* » et « *la procédure est longue et complexe* ». Les personnes étrangères concernées se trouvent ainsi placées dans des situations extrêmement précaires puisque recherches d'emploi et de logement, accès aux soins et aux prestations sociales s'avèrent plus difficiles voire impossibles.

La jurisprudence administrative a depuis plusieurs années admis que le préfet, dans sa mission de lutte contre la fraude, pouvait, indépendamment de toute décision judiciaire remettant en cause la nationalité des enfants en présence ou de condamnation des parents pour fraude à la loi, refuser de tenir compte d'un acte de reconnaissance de paternité établi dans le seul but d'obtenir un titre de séjour ou de se soustraire à une mesure d'éloignement.

Dès 1992, le Conseil d'Etat a en effet posé le principe selon lequel les actes de droit privé ne sont pas opposables à l'administration s'ils ont été établis frauduleusement (CE, sect, 9 octobre 1992, *M. Abihilali*, n°137342). Il se prononçait en l'espèce sur le caractère fictif du mariage d'un ressortissant marocain avec une Française.

Par arrêt du 10 juin 2013, le Conseil d'Etat est venu préciser l'application de ce principe en matière de reconnaissance de paternité considérant que « *Si la reconnaissance d'un enfant est opposable aux tiers, en tant qu'elle établit un lien de filiation et, le cas échéant, en tant qu'elle permet l'acquisition par l'enfant de la nationalité française [...] et s'impose donc en principe à l'administration tant qu'une action en contestation de paternité n'a pas abouti, il appartient néanmoins au préfet, s'il est établi [...] que la reconnaissance de paternité a été souscrite dans le but de faciliter l'obtention de la nationalité française ou d'un titre de séjour, de faire échec à cette fraude et de refuser [...] la délivrance de la carte de séjour temporaire sollicitée par la personne se présentant comme père ou mère d'un enfant français* » (CE, 10 juin 2013, n°358835).

La preuve de l'existence de la fraude revient toutefois exclusivement à l'administration qui doit, en pareille circonstance, s'appuyer sur des éléments précis et concordants en vue de démontrer non seulement l'inexactitude des faits matériels l'ayant conduite à délivrer l'acte mais aussi l'intention frauduleuse.

Ainsi, une suspicion, même très forte, ne peut suffire à démontrer le caractère frauduleux de la reconnaissance de paternité ayant permis l'acquisition de la nationalité française par l'enfant d'une ressortissante étrangère et, par voie de conséquence, l'octroi à celle-ci d'un droit au séjour. La fraude doit être établie de manière certaine.

Comme préalablement expliqué la condition de participation à l'entretien et à l'éducation des enfants est, à ce jour, opposable au seul ressortissant étranger sollicitant le titre de séjour et non au parent de nationalité française.

Dans une décision n°2018-079, le Défenseur des droits a rappelé ce principe et décidé de présenter des observations devant le juge administratif dans un dossier où la fraude ne paraissait pas établie par l'administration préfectorale.

Le Défenseur des droits considère en conséquence que l'introduction d'une telle condition vise à « légaliser » des pratiques litigieuses et maintes fois censurées par les juridictions alors qu'elle est critiquable à plusieurs égards.

**En premier lieu**, cette condition nie la réalité des parcours de vie et des histoires familiales, notamment ceux aux cours desquels des mères et des enfants se retrouvent isolés du fait de l'abandon par leur conjoint et père ou se voient contraints de s'en détacher du fait de circonstances particulières, par exemple, de violences familiales.

Il ne paraît conforme ni à l'intérêt supérieur de l'enfant ni au droit au respect de la vie privée et familiale de la mère de reprocher à cette dernière de ne pas avoir maintenu les liens avec le père de l'enfant, notamment lorsque cette situation est indépendante de sa volonté, c'est-à-dire quand elle résulte du comportement du parent français.

Considérer que l'absence d'intérêt du père pour l'enfant est un motif de non admission au séjour conduit à fragiliser davantage encore les personnes les plus vulnérables, à savoir des femmes étrangères, en situation irrégulière, célibataires et élevant seules leurs enfants du fait d'un père défaillant. Cela apparaît en outre entrer en contradiction avec le droit au renouvellement du titre de séjour des victimes de violences conjugales et familiales malgré cessation de la communauté de vie.

**En second lieu**, il apparaît que la preuve de la participation effective à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est difficile à rapporter et sujette à une large marge d'interprétation tant de la part des autorités préfectorales que du juge administratif.

La notion de contribution effective à l'entretien et à l'éducation de l'enfant s'apprécie au sens de l'article 371-2 du code civil qui prévoit que « *Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ».

Dans ce cadre, devra donc être démontré par l'étranger concerné non seulement que le parent français est impliqué dans la vie de l'enfant et a créé des liens avec lui - participation à l'éducation - mais aussi qu'il apporte une aide matérielle pour subvenir aux besoins de l'enfant - participation à l'entretien. Si cette contribution à l'entretien de l'enfant doit être fonction des ressources de chacun, cette condition est inévitablement une source d'interprétations divergentes, difficulté que le Défenseur des droits relevait déjà dans son rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers du 9 mai 2016 s'agissant des refus de visas long séjour opposés à des parents d'enfants français.

Dans un contexte de relation conflictuelle, la nécessité de prouver le comportement du parent français à l'égard de l'enfant pourra de surcroît être un moyen de chantage, voire de représailles envers le parent étranger – dans les faits, la mère le plus souvent.

Pour répondre à ces deux griefs, deux amendements – dont l'exposé reprend très exactement les développements du Défenseur des droits sur les risques induits par une telle exigence - sont venus préciser le I de l'article 30 en disposant que l'étranger pourra, pour prouver que le parent français subvient bien aux besoins de son enfant, « *[produire] une décision de justice ou un titre exécutoire relatif à la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant* ». Cette précision est pourtant loin de couvrir toutes les situations de fait. Le parent français peut être dans une situation d'impécuniosité telle qu'aucun jugement ne lui ordonnera le versement d'une pension alimentaire. Cette situation d'impécuniosité se retournerait alors contre le parent étranger qui, lui, contribue bien à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commun. Par ailleurs, un parent peut contribuer de diverses manières à l'entretien et à l'éducation d'un enfant, le versement d'une pension alimentaire n'étant qu'une modalité parmi d'autres telles que, par exemple, l'accueil régulier de l'enfant. Or, dans ce cas, des difficultés de preuve pourront réapparaître.

Les amendements précités apportent sur ce point une nouvelle précision dans l'hypothèse où aucune décision de justice ne serait intervenue ou qu'aucun titre exécutoire n'aurait été délivré. Dans ce cas, « *lorsque la filiation est établie, (...), le droit au séjour du demandeur s'apprécie au regard de la vie privée et familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

Sans que la loi ait à le préciser, le droit au séjour des étrangers, conformément aux prescriptions constitutionnelles et conventionnelles, doit toujours être apprécié, d'une part, au

regard du droit de mener une vie familiale normale, prévu notamment à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et, d'autre part, de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant. En ce sens, cette modification ne peut pas non plus, à elle seule, permettre de lever les inquiétudes relatives à cette réforme.

**En troisième lieu**, un risque non négligeable de stigmatisation voire de politique discriminatoire à l'égard d'une catégorie de personnes en raison de leur nationalité et de leur origine peut être relevé.

Dans le cadre de l'instruction des réclamations dont il a été saisi, le Défenseur des droits a ainsi pu avoir connaissance de notes internes aux autorités préfectorales concernant la lutte contre ce type de fraude et prévoyant comme critère pour identifier des personnes « suspectes » la nationalité des ressortissantes étrangères concernées, voire même le pays d'origine du père français.

Dans le bilan 2015 des tentatives d'obtention frauduleuses de titres de séjour et d'échange de permis de conduire étrangers adressé aux préfets de police et préfets le 18 août 2016, le ministère de l'Intérieur mentionnait quant à lui les principales nationalités concernées par la fraude en 2015 et demandait « à chaque préfecture de communiquer par ordre décroissant les cinq principales nationalités les plus concernées par ces fraudes (...) ».

La lutte contre la fraude conduit dès lors les autorités publiques à opérer un contrôle particulier à l'égard de certaines personnes et, le cas échéant, à solliciter la mise en œuvre d'enquêtes administratives ou judiciaires sur le fondement de critères de discrimination prohibés tels que l'origine et la nationalité.

**En dernier lieu**, il apparaît que le fait d'être reconnu par une personne qui n'est pas son parent, voire de demander à quelqu'un de reconnaître un enfant qu'on sait ne pas être le sien pour des raisons purement migratoires, n'est pas une infraction.

En effet, si, depuis la loi du 24 juillet 2006, l'article L.623-1 du CESEDA prévoit que « *le fait de [...] reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement ou aux seuls fins d'acquérir la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende* », ce délit ne concerne que l'auteur de la reconnaissance frauduleuse.

Or, considérer que l'administration peut constater la fraude sans passer par le juge judiciaire revient à lui permettre d'exercer une répression non pas sur l'auteur de l'infraction, c'est-à-dire le père, mais sur la femme et, par voie de conséquence, sur l'enfant.

**Au vu des nombreuses réclamations dont il est saisi relatives à des délais anormalement longs d'instruction de demandes de titres de séjour déposées par des parents d'enfant français - notamment des mères, de refus d'admission au séjour ou de retrait d'un droit au séjour motivés par une suspicion de reconnaissance de paternité frauduleuse, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à :**

- **La suppression de la nouvelle condition ajoutée à l'article L.313-11 6° du CESEDA présente au I de l'article 30,**
- **L'attribution ou le maintien d'un droit au séjour - *a minima* une autorisation provisoire de séjour - au parent étranger d'un enfant français tant que la reconnaissance de filiation litigieuse n'a pas été définitivement annulée par le juge civil.**

- **Sur le droit à la filiation des enfants français de parents étrangers**

**Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :**

Le II de l'article 30 modifie la procédure d'enregistrement des reconnaissances du lien de filiation régi par l'article 316 du code civil, et prévoit d'insérer cinq nouveaux articles, 316-1 à 316-5 sur lesquels l'Assemblée nationale n'est pas revenue

L'article 316 du code civil actuellement en vigueur prévoit que :

*« Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.*

*La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.*

*Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.*

*L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi ».*

Le projet de loi envisage de mettre en œuvre un dispositif d'alerte du procureur de la République par l'officier d'état civil, à l'instar de ce qui existe pour les suspicions de mariages dits « blancs », lorsque l'intention matrimoniale est douteuse.

L'officier d'état civil serait ainsi en mesure de saisir le procureur de la République s'il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l'audition de l'auteur de la reconnaissance de l'enfant, que celle-ci est frauduleuse.

Le procureur de la République disposera alors d'un délai de 15 jours pour décider soit d'autoriser l'officier d'état civil à enregistrer la reconnaissance ou à la porter en marge de l'acte de naissance, soit d'y surseoir le temps de l'enquête à laquelle il entend procéder, soit de s'y opposer.

Il est envisagé que le sursis puisse être ordonné pour une durée d'un mois renouvelable une fois sur décision spécialement motivée, et de deux mois renouvelable dans les mêmes conditions si l'enquête est menée en tout ou partie à l'étranger par l'autorité diplomatique ou consulaire.

Des recours juridictionnels en vue de contester la décision de sursis ou de renouvellement seront possibles auprès du tribunal de grande instance, lequel devra statuer dans un délai de 10 jours à compter de sa saisine. En cas d'appel, la cour devra statuer dans les mêmes délais.

**Analyse du Défenseur des droits :**

Ainsi qu'il a eu l'occasion de l'expliquer dans son avis 18-09 à la commission des lois de l'Assemblée nationale, les dispositions du projet de loi comportent des risques de contrariété à la Constitution et portent une atteinte excessive tant au droit de mener une vie privée et familiale normale qu'à l'intérêt supérieur des enfants en cause.

**Contrariété avec les normes constitutionnelles**

Le II de l'article 30 du projet de loi vise à transposer sur l'ensemble du territoire français les dispositions en vigueur à Mayotte depuis l'introduction des articles 2499-1 et suivants du code civil par la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration. Ce faisant, le texte abroge donc les articles 2499-1 à 2499-5 du code civil qui étaient propres à ce territoire.

Il est à préciser que les dispositions propres à Mayotte, jusqu'à ce jour, résultent d'un amendement sénatorial visant à créer un dispositif spécifique à l'île, « *la constitutionnalité de cette mesure étant assurée par la soumission de ce territoire aux dispositions de l'article 74 de la constitution* » selon le rapport n°371 de M. François-Noël BUFFET fait au nom de la commission des lois déposé le 31 mai 2006. Ledit article 74 dispose que « *les collectivités d'outre-mer (...) ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* ».

Les articles 2499-2 et suivants du code civil n'ont toutefois pas donné lieu à un examen de constitutionnalité.

On peut donc toujours s'interroger sur leur conformité au bloc de constitutionnalité, et notamment au 10<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, qui protègent les libertés individuelles. Il ne pourra en effet plus être excipé d'une situation particulière comme celle qui a motivé leur introduction à Mayotte, le projet de loi visant à étendre la portée de ces dispositions à l'ensemble du territoire français.

En outre, doit être souligné l'absence de définition précise par le projet de loi de la notion d'« *indices sérieux laissant présumer du caractère frauduleux de la reconnaissance* ».

Il conviendrait *a minima* d'encadrer cette notion au regard des atteintes que ce dispositif pourrait créer à l'endroit des droits des parents et enfants concernés et afin d'éviter l'automatisme des signalements au parquet, notamment dans l'hypothèse où l'un des parents serait dépourvu de titre de séjour, cette circonstance étant susceptible **d'induire une présomption de fraude** à l'encontre des étrangers en situation irrégulière, **voire** de caractériser une discrimination au sens de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

A cet égard, par analogie, il est rappelé que le Conseil constitutionnel a censuré dans sa décision DC 2003-484 du 20 novembre 2003 les dispositions tendant à l'introduction dans l'article 175-2 du code civil d'un alinéa selon lequel l'impossibilité pour un ressortissant étranger de justifier de la régularité de son séjour constituerait, à elle seule, un indice sérieux présumant de l'absence de consentement au mariage.

La définition de la notion d'« *indices sérieux laissant présumer du caractère frauduleux de la reconnaissance* » est rendue d'autant plus nécessaire que la preuve de la réalité de la filiation peut être plus difficile à rapporter que celle de l'intention matrimoniale qui s'inscrit dans un projet de couple, passé et à venir. En revanche, la preuve de la filiation peut, notamment en cas de séparation des parents, nécessiter la mise en œuvre effective et dans le temps des droits et obligations résultant de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant.

### **Atteintes portées au droit de mener une vie privée et familiale normale ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant**

Les dispositions du projet de loi ont pour effet de retarder l'établissement de la filiation et l'effectivité des droits afférents pour chacun des parents concernés et pour l'enfant, la rétroactivité des effets de la reconnaissance n'étant prévue que pour l'application des dispositions des articles 311-21 et 311-23 du code civil relatives à la dévolution du nom de famille.

Or ces dispositions nouvelles seraient notamment susceptibles d'avoir pour effet de :

- Porter atteinte au droit à l'identité de l'enfant, protégé aussitôt sa naissance par les articles 7 et 8 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, en retardant l'effectivité des droits afférents à cette identité : attribution du nom de l'un des parents, délivrance de titre d'identité et de voyage, versement de prestations sociales lesquelles ont pour objet de permettre d'assurer l'entretien de l'enfant et de subvenir ses besoins ;
- Reporter, pour l'auteur de la reconnaissance, la possibilité de faire valoir des droits afférents à l'exercice de l'autorité parentale, notamment en cas de séparation conflictuelle des parents et de ce fait constituer un obstacle à l'établissement des liens dès la naissance entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance ;
- Compromettre, ou à tout le moins rendre plus complexe, la mise en œuvre des droits successoraux des enfants en cas de décès de l'auteur de la reconnaissance avant l'issue de la procédure.

Ces atteintes pourraient s'avérer d'autant plus substantielles que l'instruction des dossiers dans lesquels la préfecture décide de surseoir à la délivrance d'un titre d'identité pour l'enfant peuvent durer plusieurs années, sans parfois qu'une contestation ne soit finalement engagée.

Les difficultés éventuelles à rapporter la preuve de la réalité de la filiation, laquelle peut nécessiter la mise en œuvre effective et dans le temps des droits et obligations résultant de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, ne semblent pas compatibles avec les dispositions du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale.

**Ces dispositions semblent en outre ne pas être nécessaires au regard de l'objectif de lutte contre la fraude poursuivi par le texte. Les dispositifs légaux actuels permettent en effet déjà de faire obstacle, autant que nécessaire, aux situations de fraude par l'annulation des reconnaissances frauduleuses, le retrait des titres d'identité ou de séjour indûment délivrés et le recouvrement des prestations indues.**

Notamment, dès lors qu'il apparaît au procureur de la République qu'une filiation est établie frauduleusement, celui-ci peut intenter une action de contestation en application de l'article 336 du code civil.

Eu égard à ces mécanismes et en l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE 10 juin 2013, n°358835) laquelle est largement usitée, et qui permet déjà à l'administration de faire échec à la fraude, la création d'un nouveau dispositif n'apparaît ni nécessaire ni légitime au regard des risques d'atteintes ci-dessus exposés.

Ce nouveau dispositif risque en outre d'engendrer un important contentieux et des frais de justice substantiels pour les usagers.

Il semblerait enfin qu'aucune garantie ne soit prévue tendant à ce que les usagers bénéficient de davantage d'informations sur l'avancée de leur dossier et sur les voies et délais de recours qui leur sont ouverts notamment devant les juridictions administratives. Les décisions de rejet ou de sursis à délivrance de titre d'identité ne portent en général pas d'indication sur ces aspects, alors que les juridictions administratives sont susceptibles d'être saisies et d'apprécier si la préfecture justifie d'« *éléments précis et concordants* » de nature à établir le caractère frauduleux de la reconnaissance de paternité. (Conseil d'État, 5ème chambre, 30 septembre 2016, n°400359).

Dans la mesure où ces dispositions entrent en contradiction avec la Constitution, le droit de mener une vie privée et familiale normale ainsi qu'avec l'intérêt supérieur de l'enfant, le Défenseur des droits réitère sa recommandation tendant à ce que la suppression de la réforme du code civil présentée au II de l'article 30 du projet de loi, la lutte contre la fraude ne pouvant aboutir à priver de filiation complète un enfant pendant une durée relativement longue.

Par ailleurs, s'agissant de la délivrance des titres d'identité des enfants, le Défenseur des droits préconise de nouveau que - dans l'hypothèse où le procureur de la République n'aurait pas engagé de poursuites judiciaires dans le délai de 4 mois après avoir été informé par l'administration de l'existence d'indices sérieux laissant présumer une reconnaissance frauduleuse de l'enfant -, celle-ci soit tenue de délivrer le document d'identité sollicité ;

Enfin, afin de garantir l'identité des mineurs concernés et leur sécurité juridique, le Défenseur des droits renouvelle ses recommandations tendant à ce que les procédures de contestation de filiation prévues à l'article 336 du code civil soient enserrées dans des délais raisonnables.

#### b) Les conditions de délivrance de la carte « visiteur » — Art. 28 du PJJ

##### *Rappel du droit actuellement applicable :*

L'article L.313-6 du CESEDA prévoit que la carte de séjour temporaire portant la mention « visiteur » est délivrée à l'étranger qui apporte la preuve qu'il peut vivre de ses seules ressources et qui prend l'engagement de n'exercer en France aucune activité professionnelle.

##### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

L'article L.313-6 du CESEDA, non modifié par l'Assemblée nationale, est complété par des dispositions précisant que les ressources exigées doivent atteindre un montant au moins égal au salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) net annuel, indépendamment des prestations et des allocations mentionnées à la troisième phrase du 2° de l'article L.314-8 du CESEDA (prestations familiales, revenu de solidarité active, allocation de solidarité spécifique).

Une nouvelle condition est en outre ajoutée : le demandeur devra justifier de la possession d'une assurance maladie couvrant la durée de son séjour.

##### *Analyse du Défenseur des droits :*

Ainsi qu'il a eu l'occasion de le développer dans son avis du 18-09 à la commission des lois de l'Assemblée nationale, si la délivrance de la carte « visiteur » est subordonnée à la condition que le demandeur justifie pouvoir vivre de ses seules ressources, la loi ne précise pas le montant que ces ressources doivent atteindre. Dans le silence du texte, les préfetures retiennent en général le SMIC comme montant de référence. En revanche, les ressources susceptibles d'être prises en compte sont relativement larges : il peut s'agir de ressources provenant d'une activité professionnelle exercée à l'étranger, de rentes ou de pensions, de revenus mobiliers ou immobiliers. Outre les ressources propres du demandeur, il peut être tenu compte des ressources de la personne accueillant le demandeur en France. C'est particulièrement le cas pour les ascendants à charge, la circulaire du 17 janvier 2006 relative au regroupement familial précisant que ces derniers « peuvent être admis [...] à séjourner sur le territoire en qualité de visiteur s'ils justifient [...] de ressources suffisantes leur permettant de

*subvenir à leurs besoins. Une attestation de prise en charge par leurs enfants résidant en France pourra être prise en compte dans l'appréciation des ressources exigées, sous réserve que ces enfants disposent des ressources nécessaires »* (Circulaire interministérielle DPM/DMI2 n° 2006/26 du 17 janvier 2006, NOR : INTD060009C). Enfin, il peut être tenu compte, pour l'évaluation des ressources, des conditions de logement du demandeur - propriétaire, locataire, hébergement gratuit - ainsi que de cautions fournies par des personnes solvables. En revanche, la jurisprudence administrative exclut la possibilité de prendre en compte les allocations familiales, celles-ci étant destinées à assurer l'entretien des enfants à charge (CAA Lyon, 19 décembre 1996, n° 95LY01932).

En fixant au SMIC le montant minimal devant être atteint par les ressources du demandeur et en excluant expressément des ressources prises en compte les prestations familiales, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale semble ainsi légaliser certains critères d'ores et déjà appliqués en pratique. Toutefois, en retenant, pour le calcul du montant minimal des ressources exigibles, une formule impérative et en mentionnant les ressources à exclure sans préciser par ailleurs les ressources autres que les ressources propres du demandeur pouvant être prises en compte, le texte pourrait dans les faits conduire à un durcissement de l'appréciation de la condition de ressources exigée pour la délivrance de la carte « visiteur ».

En tout état de cause, les conditions d'accès à la carte « visiteur » se trouveront durcies du fait de l'ajout de l'obligation de justifier d'une assurance maladie couvrant la durée du séjour. A cet égard, le Défenseur des droits relève qu'il a eu à connaître, au travers des réclamations dont il se trouve saisi, de pratiques préfectorales tendant à subordonner la délivrance de la carte « visiteur » à la production d'une attestation d'assurance maladie. Jusqu'à présent, ces pratiques étaient sanctionnées au titre de l'erreur de droit par la jurisprudence administrative dans la mesure où elles ne reposaient sur aucun fondement légal (CAA Bordeaux, 2 février 1998, n° 95BX01695). En légalisant l'exigence d'assurance maladie, le projet de loi pourrait dès lors conduire à réduire le champ des bénéficiaires de la carte « visiteur ». En effet, les personnes ne pouvant justifier d'une assurance privée contractée préalablement au séjour pourraient se voir refuser la délivrance de la carte. Or, de telles assurances représentent un budget conséquent, alors même qu'en l'état actuel du droit, la carte « visiteur » permet d'ouvrir des droits à la prise en charge des frais de santé.

Le Défenseur des droits s'inquiète du durcissement des conditions d'accès à la carte « visiteur » dans la mesure où celle-ci participe à la protection du droit au respect de la vie privée et familiale. Ce titre est en effet généralement utilisé pour permettre le séjour en France de membres de familles de Français ou d'étrangers en situation régulière ne pouvant toutefois prétendre à la délivrance de titres sur d'autres fondements du CESEDA : ascendants de Français ne satisfaisant pas à la condition de prise en charge, partenaires pacsés ne satisfaisant pas à la condition de vie commune fixée par la circulaire du 30 octobre 2004 (NOR : INTD0400134C), etc. La circulaire du 17 janvier 2006 précitée prévoit expressément quant à elle la délivrance d'une carte de « visiteur » pour les ascendants d'étrangers en situation régulière. Dans ces circonstances, le durcissement des conditions d'accès à la carte de « visiteur » apparaît d'autant plus regrettable que l'étude d'impact du projet de loi ne le justifie par aucune nécessité.

**Pour toutes ces raisons, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à l'abandon de l'article 28. A défaut, il préconise que soient mentionnées :**

- **La référence au SMIC de façon indicative et non impérative, afin de laisser au préfet une marge d'appréciation pour tenir compte, notamment, des enjeux relatifs au respect de la vie privée et familiale ;**
- **La nécessité d'apprécier largement les ressources du demandeur, en tenant**

**compte de la participation de membres de familles ou de proches, des conditions de logement, de l'épargne du demandeur, ou encore de cautions fournies par des personnes solvables.**

# IV. Des occasions manquées de renforcement des droits

---

## 1. Mettre fin à la rétention administrative des mineurs

Considérant que la rétention administrative de mineurs – accompagnés ou non – est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'aux articles 3, 5 et 8 de la CEDH, le Défenseur des droits recommande régulièrement que soit interdit le placement des mineurs en centres ou locaux de rétention administrative.

Alors que la loi demeurait silencieuse sur ce point, le législateur est intervenu en 2016 pour consacrer au niveau législatif l'interdiction de placer en rétention les parents accompagnés de mineurs. Toutefois, et comme le soulignait le Défenseur des droits dans son avis n°16-02 du 15 janvier 2016, les dérogations prévues à cette interdiction sont telles que l'intervention législative de 2016 tend plus à légaliser la pratique de la rétention administrative des mineurs qu'à la prohiber.

En effet, dans sa rédaction issue de la loi du 7 mars 2016, l'article L.551-1 du CESEDA autorise le placement en rétention, pour la durée la plus brève possible, des étrangers accompagnés de mineurs dans les situations suivantes, limitativement énumérées :

- En cas de soustraction avérée aux obligations résultant d'une assignation à résidence ;
- En cas de fuite ou de refus opposé à l'occasion de la mise à exécution de la mesure d'éloignement ;
- Si l'intérêt de l'enfant le commande, aux fins de limiter les transferts, pour les seules heures précédant immédiatement le départ programmé.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi, le Défenseur des droits constate que celle-ci n'a pas emporté d'effets dissuasifs sur les placements de mineurs en CRA, au contraire. Dans une décision du 8 février 2018, le Défenseur des droits appelle l'attention du Premier ministre sur la hausse préoccupante de ces placements (Décision n° 2018-045).

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, on dénombre en effet 40 cas d'enfants placés en CRA, sans compter les enfants retenus à Mayotte. En 2017, ce nombre s'est élevé à 275, soit presque autant que pour les années 2012, 2013, 2014 et 2015 réunies. Là encore, il n'est pas tenu compte de la situation particulière de Mayotte, où 4285 enfants ont été enfermés en centre de rétention en 2016. De même, les données précitées ne comprennent pas les enfants placés en zone d'attente.

**Dans ces circonstances, le Défenseur des droits regrette que ni le gouvernement ni l'Assemblée nationale ne se soit saisi du présent projet de loi pour mettre un terme définitif à la rétention des mineurs. Il réitère sa recommandation tendant à ce que la loi soit modifiée conformément aux obligations internationales de la France pour proscrire, en toute circonstance, la rétention administrative des mineurs.**

## 2. Mettre véritablement un terme à la sanction de la solidarité —

### Art.19 ter nouveau

Plusieurs amendements ont été déposés et discutés en séance publique, celui du gouvernement a été adopté. S'il assouplit le régime de l'aide au séjour irrégulier, en aucun cas il ne le supprime. La rédaction de l'article L.622-4 du CESEDA issue du vote à l'Assemblée nationale permettra d'engager des poursuites comparables à celles engagées actuellement contre des bénévoles

Dans le *Rapport sur les droits fondamentaux des étrangers*, le Défenseur des droits constatait que le droit pénal de l'immigration ne se limitait plus à sanctionner l'étranger en situation irrégulière mais tendait également à punir les personnes qui, par leurs actions ou inactions, contribuaient à favoriser le développement d'une immigration illégale. Ainsi, la méconnaissance des obligations incombant aux entreprises de transport est passible de lourdes amendes tandis que l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers peut être punie d'une peine d'emprisonnement.

Loin d'être nouvelle, la prohibition de cette aide a vu le jour dans un décret-loi de 1938, avant d'être reprise par l'ordonnance du 2 novembre 1945 puis par le CESEDA. Les lois successives n'ont cessé d'alourdir les peines encourues. Aujourd'hui principalement constitué de l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers visée à l'article L.621-1 du CESEDA, le délit de solidarité envers les étrangers dépourvus de droit au séjour peut également se trouver sanctionné *via* la mobilisation d'autres outils juridiques ne visant pas directement cette aide mais régulièrement utilisés à des fins dissuasives : infraction au code de l'urbanisme pour avoir aidé à bâtir un abri de fortune, poursuite pour dépôt d'immondices sur la voie publique pour avoir effectué le nettoyage d'un campement « rom », plaintes en dénonciations calomnieuses pour avoir saisi des autorités de contrôle, en l'occurrence la Commission nationale de déontologie de la sécurité, à laquelle le Défenseur des droits a succédé.

La loi du 3 décembre 2012 sur la retenue des étrangers avait été présentée comme devant mettre un coup d'arrêt à cette pénalisation des actes de solidarité. Toutefois, elle n'a pas supprimé ce délit mais a simplement créé une nouvelle immunité pénale à l'article L.622-4 3° du CESEDA pour les faits n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et accomplis dans le but d'assurer des conditions de vie décentes à l'étranger ou de préserver sa dignité ou son intégrité physique. A l'époque, le Défenseur avait, dans le cadre de son audition au Parlement, émis des réserves sur cette nouvelle définition susceptible d'interprétations divergentes.

Au regard de plusieurs affaires ayant émaillé l'actualité récente, il s'avère que ces craintes n'étaient pas infondées. Ainsi le primat donné à la lutte contre l'immigration irrégulière ne menace plus seulement l'effectivité des droits des étrangers mais dissuade également l'initiative citoyenne dans ce qu'elle a de plus élémentaire, lorsqu'il s'agit de la réaction humaine et spontanée à une détresse allant à l'encontre de nos valeurs communes les plus absolues.

Dans son avis 18-09 adressé à la commission des lois de l'Assemblée nationale, le Défenseur des droits, recommandait de préciser l'incrimination française du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers prévue à l'article L.622-4 du CESEDA de sorte que puisse seulement être sanctionnée l'aide fournie intentionnellement et dans un but lucratif.

Le délit n'est pas supprimé mais l'immunité pénale est une nouvelle fois encadrée, précisée, pour ce qui est de l'aide à la circulation et au séjour.

Ainsi, le fait d'ajouter la « circulation » va dans le sens des dispositions de la directive du 28 novembre 2002 et constitue une amélioration, tout comme le fait que les conseils et l'accompagnement pourront ne pas être simplement juridiques mais aussi « linguistiques ou sociaux » ; l'aide pourra aussi comprendre le transport de d'étrangers en situation irrégulière si elle intervient dans le cadre défini de ces exceptions (conseils, soins, ...).

En revanche, le texte n'apporte pas de réelles modifications quant aux principaux problèmes posés par cette incrimination.

Au lieu de caractériser le délit seulement si l'aide a été accomplie dans un but lucratif, le texte conserve l'alternative « *sauf si l'acte a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte ou a été accompli dans un but lucratif* ». Or, si l'on s'en réfère à la jurisprudence actuelle, il apparaît que l'immunité pénale ne peut être acquise lorsque l'aide s'inscrit dans « une démarche d'action militante en vue de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration », et cela quand bien même l'aide n'a reçue aucune contrepartie directe ou indirecte. C'est ce raisonnement juridique qui a conduit la cour d'appel d'Aix en Provence, le 11 septembre 2017, à condamner Pierre-Alain Mannoni à deux mois d'emprisonnement avec sursis.

Par ailleurs, aucune immunité n'est prévue pour ce qui concerne le délit d'aide à l'entrée irrégulière sur le territoire français d'un étranger.

Ainsi des personnes telles que Martine Landry pourront encore, sous l'empire de la nouvelle loi, faire l'objet de poursuites. Pour mémoire, cette bénévole de 73 ans est poursuivie pour avoir aidé deux mineurs isolés qui avaient été renvoyés à pieds vers la France par la police italienne. Mme Landry les a recueillis et conduits à la police aux frontières française avec des documents attestant de leur minorité. Ces mineurs ont finalement été pris en charge par l'aide sociale à l'enfance, comme l'impose la protection de l'enfance. La loi, dans sa rédaction actuelle, permettra de condamner l'intéressée alors même que cette dernière a contribué, par son action, au respect l'intérêt supérieur des enfants concernés. Or, on sait qu'à la frontière franco-italienne, les droits des mineurs sont régulièrement bafoués, ces derniers étant fréquemment renvoyés sans formalités d'un bord à l'autre de la frontière, sans aucune possibilité d'exercer leurs droits et alors même que les mineurs bénéficient d'une protection absolue contre l'éloignement.

**Dans le contexte d'une résurgence de la sanction du délit de solidarité, le Défenseur des droits réaffirme sa réticence de principe à l'égard de toute condamnation de l'aide désintéressée aux étrangers. Il entend en outre alerter sur les potentielles atteintes aux droits fondamentaux, notamment au droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants et à l'intérêt supérieur de l'enfant, que peuvent *a fortiori* receler de telles condamnations lorsqu'elles visent des personnes venues en aide à des étrangers vivant dans des conditions notoirement indignes, tels que les exilés vivant à Calais ou à la frontière franco-italienne, ou encore à des mineurs. A cet égard, il rappelle que condamner l'aide au séjour irrégulier d'un mineur n'a pas de sens dès lors que celui-ci n'est pas tenu par l'obligation de détenir un titre de séjour.**

**En conséquence, le Défenseur des droits recommande que les sénateurs précisent l'incrimination française du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers prévue à l'article L.622-4 du CESEDA de sorte que puisse seulement être sanctionnée l'aide fournie intentionnellement et dans un but lucratif.**

### **3. Elargir l'accès au service civique à tous les jeunes étrangers en situation régulière**

#### *Ce que prévoit le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale :*

L'article 37 modifie l'article L.120-4 du code du service national pour procéder à une coordination d'ordre technique et tenir compte de la délivrance d'une carte de séjour pluriannuelle d'une durée de quatre ans pour les protégés subsidiaires et les apatrides.

#### *Analyse du Défenseur des droits :*

Dès lors qu'il est envisagé de modifier le code du service national, le Défenseur des droits regrette que le gouvernement n'aille pas plus loin qu'une simple mesure de coordination. Cette modification pourrait en effet être l'occasion de mettre un terme à l'exclusion injustifiée de certains étrangers du dispositif du service civique.

L'objet du service civique est de « *renforcer la cohésion nationale et la mixité sociale* » (article L.120-1 du code du service national). Dans les faits, il contribue à l'insertion sociale et professionnelle des jeunes entre 16 et 25 ans, notamment en leur fournissant activités et ressources.

Actuellement, l'article L.120-4 du code du service national en limite l'accès, pour les jeunes étrangers non européens, à ceux titulaires de certains titres de séjour, obtenus depuis plus d'un an.

Ces deux conditions conduisent à exclure certains jeunes étrangers pourtant en situation régulière. En effet, si de nombreuses cartes de séjour permettent l'accès au service civique (carte étudiant, cartes pluriannuelles, cartes de résident, carte salarié...), toutes ne sont pourtant pas mentionnées dans la liste de l'article L.120-4 du code du service national.

Sont par exemple exclues du service civique, sans que l'on ne comprenne les raisons qui guident ce choix, les personnes malades titulaires d'une carte de séjour « vie privée et familiale » délivrée sur le fondement de l'article L.313-11 11° du CESEDA, les victimes de violences familiales ou conjugales (titulaires de titres délivrés sur le fondement des articles L.316-1 et L.316-3 du CESEDA) ou encore les personnes régularisées sur le fondement de l'article L.313-14 du CESEDA (admission exceptionnelle au séjour).

Son également exclus, les jeunes titulaires d'un titre de séjour mentionné à l'article L.120-4 du code du service national mais qui ne justifient pas d'une antériorité de résidence de plus d'un an (seuls les titulaires d'une carte « étudiant » sont exemptés de cette condition d'antériorité).

Sont encore exclus les mineurs âgés de 16 à 18 ans qui ne sont pas tenus de disposer d'un titre de séjour au regard de l'article L.311-1 du CESEDA ainsi que les jeunes jusqu'à 19 ans puisque, conformément à l'article R.311-2 1° du CESEDA, la demande de titre de séjour doit être faite dans l'année qui suit le dix-huitième anniversaire.

Il est à noter que ces dispositions sont notamment susceptibles d'exclure des mineurs non accompagnés (MNA) ainsi que des anciens MNA devenus majeurs, ce qui semble en contrariété avec les objectifs poursuivis par le service civique.

Enfin, puisque l'article L.120-4 du code du service national ne fait pas mention des titres de séjour propres aux Algériens – « certificats de résidence » délivrés sur le fondement de l'Accord-franco algérien du 27 décembre 1968 –, les jeunes Algériens se trouvent aussi, du seul fait de leur nationalité, exclus du service civique.

Le site du service civique confirme cette exclusion en précisant que les étrangers dont le droit au séjour est régi par un régime juridique spécial non visés par l'article L.120-4 du code du service national, tel que l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968, ne sont pas éligibles au service civique. Il est par ailleurs à relever que le site fait une interprétation erronée du texte en indiquant que le jeune étranger doit bénéficier d'un « *titre de séjour régulier en France effectif depuis plus d'un an* », alors même que la loi ne prévoit seulement une condition d'antériorité de résidence d'un an, indépendante du fait que l'intéressé ait ou non, durant cette période, bénéficié d'un titre de séjour. Peuvent ainsi s'ajouter, aux exclusions prévues par la loi, des refus illégaux.

**Tout en poursuivant l'instruction des réclamations dont il se trouve saisi sur le sujet, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à modifier l'article L.120-4 du code du service national pour mettre un terme aux exclusions qu'il induit.**

**Dans un souci de simplification, l'article pourrait simplement poser, pour les étrangers, une condition de régularité de séjour sans référence à une liste de titre.**

**A défaut, il conviendrait *a minima* d'ajouter à la liste de titres prévue par le code du service national les certificats de résidence délivrés aux Algériens sur le fondement de l'Accord franco-algérien. Refuser l'accès au service public aux Algériens pour la seule raison que leur droit au séjour relève d'un texte spécial apparaît en effet constitutif d'une discrimination fondée sur la nationalité.**