

Paris, le 15 avril 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-104

Le Défenseur des droits,

Vu la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment les articles 61-1 et 71-1 ;

Vu l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, notamment les articles 23-1 à 23-7 ;

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

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la convention internationale des droits de l'enfant ;

Vu l'Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (CRC/GC/ 2005/6) (2005) ;

Vu le rapport du Défenseur des droits au comité des droits de l'enfant des Nations Unies du 27 février 2015 ;

Vu les observations finales adressées à la France par le Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies du 29 janvier 2016 (CRC/C/FRA/CO/5) ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code civil ;

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

Vu le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 (INTV1826125D) relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes ;

Saisi le 11 février 2019 par l'UNICEF, qui a déféré le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 (INTV1826125D) au Conseil d'Etat, afin qu'il soit statué sur sa légalité ;

Décide de présenter les observations suivantes devant Conseil d'Etat au soutien de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par UNICEF et les associations, au Conseil Constitutionnel, conformément à l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON

Observations devant le Conseil d'Etat au soutien de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, en application de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

Rappel des faits

Le Défenseur des droits a été saisi le 11 février 2019 par l'Unicef qui a contesté la légalité du décret n°2019-57 du 30 janvier 2019 (INTV1826125D) devant le Conseil d'Etat, et a sollicité le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel, relative à l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), lequel dispose :

« Afin de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

« Le traitement de données ne comporte pas de dispositif de reconnaissance faciale à partir de la photographie.

« Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure. La conservation des données des personnes reconnues mineures est limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation, en tenant compte de leur situation personnelle.

« Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis publié et motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise la durée de conservation des données enregistrées et les conditions de leur mise à jour, les catégories de personnes pouvant y accéder ou en être destinataires ainsi que les modalités d'exercice des droits des personnes concernées. »

Le Défenseur des droits considère que ces dispositions portent atteinte au principe d'égalité devant la loi et à l'intérêt supérieur de l'enfant en ce qu'elles ne prévoient pas les garanties suffisantes pour assurer la protection des mineurs non accompagnés, exigées par la Constitution et les textes internationaux.

Pour ces motifs, et compte tenu du fait que le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur la constitutionnalité de l'article L. 611-6-1 du CESEDA, le Défenseur des droits soutient la demande de renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel. Il considère en effet que les conditions posées par les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, sont réunies.

La création d'un fichier national biométrique de jeunes se disant mineurs non accompagnés a été plusieurs fois évoquée fin 2017 et début 2018 notamment au cours des travaux de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés. Le Défenseur des droits avait tenu, dès l'élaboration de son avis du 11 octobre 2017¹, à marquer son opposition de principe à ce qu'il considère comme une atteinte au droit au respect de la vie privée de personnes considérées comme mineures jusqu'à preuve du contraire.

¹ Défenseur des droits – Avis n°17-10

Sous couvert de poursuivre l'objectif de « mieux garantir la protection de l'enfance », les dispositions de l'article L.611-6-1, qui créent un fichier biométrique « des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille » sans l'entourer des garanties nécessaires à la protection de l'intérêt supérieur de ces enfants, semblent considérer les personnes comme des étrangers avant de les traiter comme des mineurs, en les soumettant aux priorités de la gestion des flux migratoires.

Discussion

Dans sa décision du 21 mars 2019², le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle à l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette exigence impose, s'agissant des mineurs non accompagnés (MNA), que « *les règles relatives à la détermination de leur âge [soient] entourées des garanties nécessaires afin que les personnes mineures ne soient pas indument considérées comme majeures* ».

Il apparaît, avant tout, que les dispositions de l'article L.611-6-1 du CESEDA sont susceptibles de porter atteinte au principe d'égalité d'accès à la protection de l'enfance, tel qu'il est garanti par la Constitution (I).

En outre, la loi ne paraît pas satisfaire l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à un recours effectif (II).

I. Sur l'atteinte au principe d'égalité dans l'accès au dispositif de protection de l'enfance

Le principe d'égalité résulte des articles 1er et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et de l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 selon lequel la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

Depuis une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel considère que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».³

Dans sa décision du 13 août 1993⁴, le Conseil constitutionnel a jugé que si le législateur pouvait « prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques », il lui appartenait de « respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ;... »

Le Défenseur des droits considère que les dispositions de l'article 611-6-1 du CESEDA ne respectent pas le principe constitutionnel d'égalité.

² Conseil constitutionnel – Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019

³ Conseil constitutionnel – Décision n° 1996-375 DC, Rec., p. 60.

⁴ Conseil constitutionnel – Décision n°93-325 DC du 13 août 1993

En l'espèce, la mesure prévue par ce texte, consiste à enregistrer dans un fichier la photographie et les empreintes digitales des mineurs recueillis en urgence par les conseils départementaux dès lors qu'il s'agit de « *ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* ». Ce fichier ne concerne donc pas uniquement les mineurs non accompagnés qui auraient été déclarés majeurs à l'issue de l'évaluation prévue à l'article R.221-11 du code de l'action sociale et des familles (CASF), mais bien tous les mineurs non accompagnés sollicitant une protection, dès lors qu'ils sont de nationalité étrangère. Les mineurs français faisant l'objet d'une mesure de prise en charge au titre de l'article L.223-2 du CASF sont exclus dudit fichier.

Or, la protection de l'enfance et le respect des droits de l'enfant, tels que prévus par le droit français et les instruments internationaux – notamment l'article 2 de la Convention internationale des droits de l'enfant – s'appliquent à tous les enfants sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de nationalité, de sexe, de couleur, de langue ou de religion. L'inconditionnalité de l'accès à cette protection découle de ce que les mineurs, en raison de leur état de vulnérabilité lié à leur jeune âge, appartiennent à une catégorie de la population particulièrement protégée.

L'article L.112-3 du CASF, qui définit la finalité de la protection de l'enfance, pose clairement l'inconditionnalité de l'accès à cette protection : « La protection de l'enfance vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits. (...) La protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge. »

Ainsi, les mineurs étrangers ne sont pas soumis à l'obligation de détenir un titre de séjour et doivent être considérés comme étant en situation régulière sur le territoire français⁵. Ils doivent donc bénéficier, inconditionnellement, du droit à la protection de l'enfance, au même titre que tout enfant en danger présent sur le territoire français, et ce quelle que soit sa nationalité.

Or, contrairement aux enfants français ou enfants étrangers accompagnés, les personnes se disant mineures non accompagnées de nationalité étrangère -qui bénéficient pourtant, dès leur présentation, d'une présomption de minorité expressément prévue par la loi -⁶ pourront désormais être soumises à une collecte de leurs empreintes, photographies et données personnelles par l'autorité préfectorale, avant d'accéder à une mesure de protection. En effet, dans la mesure où la loi ne précise aucunement la temporalité des procédures retenues quant à la première présentation du MNA au département, son rendez-vous en préfecture et son recueil provisoire d'urgence, les départements apprécieront librement de mettre les personnes à l'abri avant ou après la collecte de leurs données personnelles.

Par ailleurs, l'article L. 611-6-1 ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi, à savoir « *mieux garantir la protection de l'enfance* ».

En effet, l'expérimentation déjà effectuée dans certains départements⁷ démontre le potentiel effet dissuasif de l'instauration d'une telle mesure. Elle risque particulièrement d'éloigner les mineurs les plus vulnérables, tels les mineurs en transit ou bien encore les mineurs inscrits dans la délinquance et souffrant de multiples addictions, pour lesquels l'approche et la mise en confiance s'avèrent déjà extrêmement difficiles. Le Défenseur des droits a constaté ce

⁵ Conseil d'État, réf n°407355, 15 février 2017.

⁶ Article L. 223-2 du CASF.

⁷ Voir journal Le Parisien - Essonne : le département teste le fichage des mineurs non-accompagné (13 mars 2019) : « Depuis le lancement de l'expérimentation sur les 160 convocations transmises, 62 mineurs se sont présentés à ce service spécialisé. »

phénomène et a appelé l'attention des pouvoirs publics sur cette difficulté à de nombreuses reprises, notamment concernant la situation des mineurs à Calais⁸.

Dans ces conditions, l'article L 611-6-1 instaure une différence de traitement entre mineurs, qui n'apparaît pas en rapport direct avec l'un des objets de la loi qui est de mieux garantir la protection de l'enfance.

Par ailleurs, l'article L.611-6-1 prévoit que « *Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure* ».

Ces dispositions prévoient ainsi le recours au fichier comme une simple possibilité pour les départements. Il appartient donc aux départements de décider s'ils veulent recourir au fichier biométrique mais aussi d'orienter telle ou telle personne se disant mineure non accompagnée vers la préfecture pour la collecte de ses données personnelles. Ainsi les jeunes gens concernés sont susceptibles de faire l'objet de procédures différentes selon le département où ils se présentent, et en fonction de l'appréciation discrétionnaire du conseil départemental, et ce avant toute évaluation socio-éducative.

Ainsi, les mesures prévues par l'article L.611-6-1 semblent contraires au principe d'égalité dans l'accès au dispositif de protection de l'enfance, dont peut se prévaloir tout enfant quelle que soit sa nationalité et/ou sa situation de famille. En outre, elles ne permettent pas d'atteindre l'objectif poursuivi par le législateur de mieux garantir la protection de l'enfance et ne paraissent ni nécessaires, ni adéquates, ni proportionnées aux objectifs poursuivis.

II. Sur l'atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par la Constitution

L'intérêt supérieur de l'enfant bénéficie d'une protection constitutionnelle renforcée, ainsi que l'a, encore récemment, affirmé le Conseil constitutionnel⁹.

L'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant découle des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁰. La reconnaissance constitutionnelle de l'intérêt supérieur de l'enfant est récente en droit constitutionnel français¹¹, mais son contenu a été largement développé sous l'influence du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies.

Bien que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne soit pas directement invocable devant le Conseil constitutionnel, elle reste un référentiel majeur quant au contenu de cette exigence et pourrait être source d'inspiration pour le Conseil constitutionnel qui sera très certainement amené à préciser la portée de cette exigence constitutionnelle.

A cet égard, le Comité des droits de l'enfant propose aux Etats parties à la Convention un cadre d'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant, aux termes de l'article 3§1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Selon le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans son observation générale n°14¹², le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention fixe un cadre comportant trois types différents d'obligations pour les États parties, dont « *l'obligation de veiller à ce qu'il ressorte*

⁸ Voir rapport du Défenseur des droits - Exilés et droits fondamentaux, trois ans après le rapport Calais – décembre 2018

⁹ Conseil constitutionnel, 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC

¹⁰ Voir les paragraphes 5 et 6 de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2019.

¹¹ Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie

¹² Comité des droits de l'enfant - Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3-1) - CRC/C/GC/14

de toutes les décisions judiciaires et administratives ainsi que des politiques et des textes législatifs concernant les enfants que l'intérêt supérieur de l'enfant a été une considération primordiale. Cela suppose notamment de décrire comment l'intérêt supérieur a été examiné et évalué et quel poids lui a été conféré dans la décision ».

Ainsi selon le Comité, « le fait que l'obligation des États parties s'étend à leurs "organes législatifs" montre clairement que le paragraphe 1 de l'article 3 vise les enfants en général et non seulement les enfants en tant qu'individus. L'adoption de toute loi ou de tout règlement, [...] devrait être guidée par l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale devrait être expressément mentionné dans toutes les lois pertinentes et pas seulement dans les lois qui concernent spécifiquement les enfants ».

Aussi, compte tenu de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont doit bénéficier toute personne se disant mineure tant que sa majorité n'est pas établie avec certitude, le législateur doit veiller, conformément à l'article 34 de la Constitution, à prévoir suffisamment de garanties visant à préserver les droits et libertés auxquels la mesure porte atteinte.

1. Sur le principe de présomption de minorité

Le Défenseur des droits rappelle en effet qu'à plusieurs reprises, le Comité des droits de l'enfant¹³ a appelé les Etats, et notamment la France, à considérer les mineurs non accompagnés comme des enfants en leur reconnaissant le bénéfice de la présomption de minorité (observation générale n°6)¹⁴. Ainsi, selon le Comité : « *S'il existe des motifs de supposer qu'une personne dont l'âge est inconnu est un enfant, ou si une personne déclare être un enfant, cette personne doit se voir accorder le bénéfice du doute et doit être présumée être un enfant* », et ce jusqu'à la fin de la procédure de détermination de l'âge.

En droit français, seul le juge des enfants et la cour d'appel sont compétents pour confier durablement un enfant à un service de l'aide sociale à l'enfance (ASE) lorsque celui-ci est en danger ou en risque de danger. Il appartient donc à l'autorité judiciaire de déterminer, en même temps que l'existence d'un danger ou d'un risque de danger, si la personne est mineure ou non.

L'article 375 du code civil prévoit que « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public (...)* ».

L'article 375-3 du code civil permet au juge des enfants, si la protection de l'enfant l'exige, de confier celui-ci, « *3°- à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

L'article 375-5 du code civil permet au procureur de la République, en cas d'urgence, de prendre une mesure similaire, « *à charge pour ce dernier de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure* ».

¹³ Voir Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies - Observation générale n° 6 (2005) - Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine - CRC/GC/2005/6 – 1^{er} septembre 2005

¹⁴ Observation générale n° 6 du comité des droits de l'enfant des Nations Unies sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (CRC/GC/ 2005/6) (2005).

A ce titre, le Conseil d'Etat considère, depuis sa décision du 1^{er} juillet 2015, que la seule faculté dont dispose le conseil départemental s'agissant de la protection d'un mineur est de choisir de saisir ou non, l'autorité judiciaire en vue d'un placement, et ce dans le délai de 5 jours, fixé par le code de l'action sociale et des familles. Le conseil d'Etat rappelle qu'en aucun cas, « *le conseil départemental ne peut décider d'admettre le mineur à l'aide sociale à l'enfance sans que l'autorité judiciaire ne l'ait ordonné* ».

Ainsi, le Conseil d'Etat précise que « *si le président du conseil général refuse de saisir l'autorité judiciaire, notamment lorsqu'il estime que le jeune a atteint la majorité, celui-ci peut saisir le juge des enfants en application de l'article 375 du code civil ; que l'existence de cette voie de recours, par laquelle un mineur peut obtenir du juge qu'il ordonne son admission à l'aide sociale à l'enfance, y compris à titre provisoire pendant l'instance, sans que son incapacité à agir en justice ne puisse lui être opposée, rend irrecevable le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif contre la décision du président du conseil général de refuser de saisir l'autorité judiciaire et la demande de suspension dont ce recours peut être assorti* ».

Cette jurisprudence constante¹⁵ établit une présomption de minorité qui s'attache à la personne se déclarant mineure non accompagnée dans la mesure où, selon le Conseil d'Etat, seul le juge des enfants peut se prononcer sur l'admission d'un mineur à l'aide sociale à l'enfance. La haute juridiction a tiré de cette présomption la conclusion selon laquelle tout recours contre une décision administrative de refus d'admission à l'ASE présenté par un mineur était irrecevable devant le juge administratif, « *du fait de son incapacité à agir en justice* ».

La personne se déclarant mineure non accompagnée est par conséquent présumée comme telle jusqu'à ce que le juge des enfants se prononce, et ce que le département l'ait évaluée, durant la période de recueil provisoire d'urgence, mineure ou majeure. A ce titre, elle bénéficiera lors de son recours juridictionnel devant le juge des enfants, ou de la procédure devant le juge aux affaires familiales en charge des tutelles mineurs, ou devant la cour d'appel, de l'ensemble des garanties prévues par l'article 388 du code civil, « *afin que les personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures*¹⁶ ». Le fait que le législateur n'ait pas fixé de délai à l'exercice de ce recours ne saurait invalider cette analyse, au risque de priver la personne évaluée majeure par un conseil départemental de droit à un recours effectif.

A cet égard, le principe selon lequel « le doute doit bénéficier à la qualité de mineur de l'intéressé » cité par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée, posé par l'article 388 du code civil, tend à renforcer cette présomption de minorité.

C'est en reconnaissant l'existence du principe de présomption de minorité que le Conseil constitutionnel donnera son plein effet à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dont l'exigence de protection ne saurait être satisfaite par l'article L.611-6-1 tel qu'il est rédigé.

2. Sur l'insuffisance des garanties légales destinées à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant

Dès lors que des dispositions légales pourraient porter atteinte à l'exercice des libertés fondamentales, le législateur doit, dans le respect de l'article 34 de la Constitution, prévoir les garanties nécessaires à leur préservation.

¹⁵ Voir CE - 13 mars 2019 (n°427708)

¹⁶ Conseil Constitutionnel – Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019 – considérant n°6

L'article L.611-6-1 alinéa 3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, prévoit que :

« Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure. La conservation des données des personnes reconnues mineures est limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation, en tenant compte de leur situation personnelle ».

Le législateur a ainsi entendu conditionner la garantie tenant à la limitation de la durée de conservation des données, à la reconnaissance de minorité, sans préciser la nature de la décision, administrative ou judiciaire, définitive ou non, à même d'établir cette reconnaissance de minorité.

Par ailleurs, en se contentant d'évoquer le caractère « strictement nécessaire » de la durée de conservation des données, sans déterminer les critères de cette durée, le législateur a confié au pouvoir réglementaire le soin de définir les critères de la « stricte nécessité ». Or, la garantie des libertés fondamentales, dont fait partie la protection des données personnelles, relève de la compétence de la loi.

Il convient de relever une imprécision supplémentaire dans la rédaction de cet alinéa dans la formule « en tenant compte de leur situation personnelle ». Cette formulation restreint la portée de la garantie, la durée de conservation apparaissant pouvoir être modulée en fonction de la « situation personnelle » de la personne reconnue mineure, sans que le législateur n'ait précisé le contour de cette notion.

Compte tenu de tous ces éléments, il apparaît que le législateur laisse toute latitude au pouvoir réglementaire et à l'administration pour préciser cette notion essentielle, en omettant d'apporter les garanties nécessaires à la protection des droits en jeu et de l'intérêt supérieur des enfants.

A cet égard, le Défenseur des droits considère que le législateur n'a pas épuisé la compétence qu'il tire de l'article 34 de la Constitution, entraînant des atteintes aux droits à un recours effectif, et à une protection adéquate de l'intérêt supérieur de l'enfant.

a. Sur l'atteinte au droit à un recours effectif au mépris de la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant

Par sa grande imprécision, le texte de l'article L 611-6-1 laisse toute latitude au pouvoir réglementaire pour encadrer les dispositions relatives au traitement automatisé des données collectées et conservées dans le fichier.

Ainsi le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 (INTV1826125D) prévoit la création systématique d'un dossier permettant le transfert de l'ensemble des données personnelles, qui sont toutes des données sensibles, des personnes évaluées majeures, du fichier « AEM » vers le fichier AGDREF2, traitement national de gestion administrative des ressortissants étrangers en France, dont les finalités sont particulièrement larges.¹⁷

A ce titre, il est indiqué à l'article R.221-15-8 du CASF que la personne est informée que « Si elle est de nationalité étrangère et évaluée majeure, qu'elle fera l'objet d'un examen de sa situation et, le cas échéant, d'une mesure d'éloignement ».

¹⁷ Le fichier AGDREF a pour finalité la gestion des dossiers des ressortissants étrangers par les préfectures, la fabrication des titres de séjour, mais également la gestion des mesures d'éloignement

Ainsi, le décret permet, sur la base d'une décision administrative d'un conseil départemental susceptible d'être remise en cause par l'autorité judiciaire, le transfert automatique des données personnelles d'une personne évaluée majeure à l'issue de la procédure administrative, dans le traitement automatisé de gestion administrative des étrangers AGDREF2.

Or, les conséquences sont particulièrement graves pour les jeunes exilés soumis à cette procédure dans la mesure où le préfet pourra prendre à leur rencontre une mesure d'éloignement assortie d'une mesure de placement en rétention.

Comme le décret ne mentionne pas les conséquences de l'information au préfet, de la saisine de l'autorité judiciaire par une personne évaluée majeure, et n'indique pas que cette saisine pourrait faire obstacle à une mesure d'éloignement, le transfert automatisé des données d'une personne évaluée majeure dans le fichier AGDREF2 pourrait entraver l'exercice d'un tel recours devant l'autorité judiciaire et porter atteinte à son effectivité au mépris de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

En effet, pour être effectif, le recours doit être disponible en droit comme en pratique, ce qui signifie que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat.

En l'absence de garanties prévues à l'article L.611-6-1 permettant de s'assurer que la personne évaluée majeure pourra exercer l'ensemble des recours disponibles dans le cadre de la mesure d'évaluation, déterminante pour sa prise en charge au titre de la protection de l'enfance, et disposer d'une décision judiciaire définitive, de telles dispositions portent atteinte aux droits et à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'à l'effectivité des recours que les personnes concernées peuvent exercer.

b. Sur l'atteinte au droit à une protection adaptée au mépris de la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'article 3-2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit que « Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. »

A ce titre, comme l'a rappelé de façon extrêmement ferme, la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 28 février 2019, la protection des mineurs non accompagnés est une obligation absolue pour les Etats, du fait de leur condition de particulière vulnérabilité.

La Cour rappelle dans cet arrêt sa jurisprudence antérieure en indiquant que « dans les affaires relatives à l'accueil d'étrangers mineurs, accompagnés ou non accompagnés, il convient de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal. La Cour réaffirme que les mineurs étrangers non accompagnés en situation irrégulière relèvent de la « catégorie des personnes les plus vulnérables de la société », et qu'il appartient aux Etats de les protéger et de les prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales.

En droit interne, l'article L.223-2 alinéa 2 du CASF indique que « *en cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service qui en avise immédiatement le procureur de la*

République ». Cet article poursuit à l'alinéa 4 : « *Si, dans le cas prévu au deuxième alinéa du présent article, l'enfant n'a pas pu être remis à sa famille ou le représentant légal n'a pas pu ou a refusé de donner son accord dans un délai de cinq jours, le service saisit également l'autorité judiciaire en vue de l'application de l'article 375-5 du code civil* ».

L'article R.221-11 du même code prévoit les conditions du recueil provisoire des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

Dans son alinéa premier, cet article prévoit : « *Le président du conseil départemental du lieu où se trouve une personne se déclarant mineure et privée temporairement ou définitivement de la protection de sa famille met en place un accueil provisoire d'urgence d'une durée de cinq jours, à compter du premier jour de sa prise en charge, selon les conditions prévues aux deuxième et quatrième alinéas de l'article L. 223-2* ».

Il précise à l'alinéa 2 que « *au cours de la période d'accueil provisoire d'urgence, le président du conseil départemental procède aux investigations nécessaires en vue d'évaluer la situation de cette personne au regard notamment de ses déclarations sur son identité, son âge, sa famille d'origine, sa nationalité et son état d'isolement* ».

Or l'article L. 611-6-1, en disposant que « *Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure* », n'exclut pas de conditionner l'accès à la protection de l'enfance à un passage préalable en préfecture sans prévoir de garanties suffisantes en matière d'accueil provisoire et de protection de l'enfant.

A cet égard, le décret pris en application de l'article L.611-6-1 fait du relevé des empreintes de la personne se disant mineure, en vue de sa comparaison avec les fichiers AEM, VISABIO et AGDREF2 et, si la personne est inconnue, de l'enregistrement de ses données personnelles et biométriques dans le fichier AEM, la première étape de l'évaluation.

Alors même qu'en l'état des textes, de nombreux conseils départementaux ne respectent pas l'obligation de recueil provisoire d'urgence, le décret attaqué vient complexifier la procédure d'évaluation sans jamais rappeler l'obligation de protection préalable qui s'attache à la personne du mineur en situation de particulière vulnérabilité. Ainsi, aucune temporalité n'est prévue quant à la présentation du mineur devant les services de la préfecture. Aucune disposition ne prévoit non plus, l'articulation de cette présentation avec le recueil provisoire d'urgence.

Dans les départements qui procèdent actuellement à l'expérimentation de cette procédure, les premières constatations font état de pratiques diverses, qui pour certaines d'entre elles portent atteinte au droit des mineurs de bénéficier d'une protection adaptée. En Essonne, si le mineur doit d'abord se présenter aux services du conseil départemental, il se voit remettre une convocation en préfecture à laquelle il devra se rendre seul. Il n'est pas procédé à son recueil provisoire d'urgence¹⁸.

Ainsi, dans le cadre de cette première mesure de protection de l'enfance qu'est le recueil provisoire d'urgence au cours duquel les vulnérabilités de tout enfant en danger sont évaluées, les services préfectoraux peuvent, pour les mineurs non accompagnés, du seul fait de leur nationalité étrangère, intervenir au-delà de la question de l'analyse documentaire.

Le Défenseur des droits considère que la procédure mise en place, rendue possible par l'imprécision de la loi, ne relève plus de l'évaluation de vulnérabilité, dont la minorité et

¹⁸ Voir journal Le Parisien - Essonne : le département teste le fichage des mineurs non-accompagné (13 mars 2019) : « On leur explique qu'il s'agit d'une étape préalable à leur mise à l'abri... ».

l'isolement font partie, mais bel et bien d'un contrôle et d'une gestion migratoire dont devraient pourtant être exclus les mineurs non accompagnés qui relèvent uniquement des dispositions de la protection de l'enfance jusqu'à l'établissement définitif de leur âge par le juge.

Or, cette obligation de protection ne peut céder la place à des considérations tenant à la gestion des flux migratoires, et faire ainsi passer au second plan, l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés.

Ainsi, eu égard à l'ensemble de ces éléments, le Défenseur des droits considère que l'article L. 611-6-1 du CESEDA pourrait porter atteinte au droit à une protection adaptée des mineurs non accompagnés rendue impérative par leur situation de particulière vulnérabilité, et ainsi porter gravement atteinte à leur intérêt supérieur constitutionnellement garanti.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, les dispositions de l'article L.611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pourraient porter atteinte au principe d'égalité, aux droits et à l'intérêt supérieur des enfants constitutionnellement garantis, ainsi qu'au droit à un recours effectif. Le Défenseur des droits considère que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par l'UNICEF et les autres associations, présente donc un caractère suffisamment sérieux justifiant qu'elle soit transmise au Conseil constitutionnel.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON