

---

## Décision du Défenseur des droits n°2019-300

---

### **Le Défenseur des droits,**

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

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

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

---

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, notamment l'article 8 ;

Vu la Convention internationale des droits de l'enfant et son article 3-1 ;

Vu le code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et ses articles L.511-4 4°, L.511-4 6° et L.521-3 ;

Vu le code pénal et son article 131-30-2 ;

---

Saisi par Monsieur X d'une réclamation relative au refus de visa de retour qui lui a été opposé par les autorités consulaires françaises à Tanger ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour administrative d'appel de Z, ainsi que l'y autorise l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON

---

## **Observations devant la cour administrative d'appel de Z en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011**

---

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative au refus de visa de retour qui lui a été opposé par les autorités consulaires françaises à Tanger (Maroc).

### **1. Rappel des faits et de la procédure**

Monsieur X, de nationalité marocaine, est né le 15 septembre 1984 au Maroc.

Il vit sur le territoire français depuis 1990, année au cours de laquelle il y est entré régulièrement dans le cadre d'une procédure de regroupement familial sollicitée par ses père et mère, pour lui-même et ses 6 frères et sœurs. À l'issue de sa scolarité, intégralement suivie à Ajaccio jusqu'à ses 16 ans, il est entré dans la vie active, exerçant la profession de boulanger-pâtissier.

Deux de ses frères sont aujourd'hui de nationalité française.

En 2008 il s'est marié avec une ressortissante française, Madame Y, dont il est aujourd'hui en instance de divorce. De leur union est née le 21 mars 2008 une fille de nationalité française, A.X. Monsieur X est légalement toujours Co titulaire du bail de l'appartement des époux.

Le réclamant détient une carte de résident depuis le 28 mai 2012, délivrée par la préfecture de B, valable jusqu'au 27 mai 2022.

A l'été 2018, il s'est rendu au Maroc dans le cadre d'un séjour de courte durée, au cours duquel sa carte de résident a été détériorée, de telle sorte qu'elle ne soit plus lisible électroniquement par les autorités douanières.

Sur présentation de ce document détérioré, les autorités marocaines ne l'ont pas autorisé à rentrer en France.

Il a de ce fait sollicité un visa de retour auprès des autorités consulaires françaises à Tanger le 29 août 2018, qui lui a été refusé, le 25 septembre 2018, au motif qu'il présentait un risque de menace pour l'ordre et la sécurité publics.

Ce refus a été confirmé par la Commission de recours contre les décisions de refus de visa (CRRV), ainsi que par le tribunal administratif de Z par jugement en date du 29 mai 2019. Un recours contre cette décision a été formé devant la cour administrative d'appel de Z le 27 juin 2019.

C'est dans ce contexte que Monsieur X a saisi le Défenseur des droits.

## **2. Instruction menée par les services du Défenseur des droits**

Par courriers du 22 août 2019, le Défenseur des droits est intervenu auprès de la sous-direction des visas et de la préfecture de B pour recueillir leurs observations sur ce refus.

En réponse du 19 septembre 2019, la préfecture de B indiquait au Défenseur des droits avoir été saisie par les autorités consulaires afin de confronter les éléments d'identité du réclamant déposés à l'appui de sa demande de visa et ceux en possession de l'autorité préfectorale. Elle mentionnait également avoir été consultée sur la demande de visa de retour et avoir confirmé l'identité de Monsieur X et indiqué que rien de s'opposait à la délivrance dudit visa. Cet avis a été rendu le 13 septembre 2019.

Par courrier du 7 novembre 2019, la sous-direction des visas estimait toutefois qu'au vu des multiples condamnations dont Monsieur X avait fait l'objet, la présence en France du réclamant pouvait constituer une menace à l'ordre public. Elle confirmait ainsi son refus initial.

## **3. Discussion juridique**

Alors même que la préfecture avait émis un avis favorable à la délivrance d'un visa de retour à l'intéressé, les autorités consulaires ont refusé de délivrer le visa sollicité (I) sans opérer de balance entre l'existence d'une menace pour l'ordre public et la vie privée et familiale du réclamant, résidant en France depuis 28 ans, protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (II). De surcroît, dans la mesure où il implique une séparation entre le réclamant et sa fille, âgée de 11 ans, ce refus de visa porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (III). Il en résulte que le réclamant, qui dispose d'un droit au séjour en France, aurait pu en outre se prévaloir de plusieurs protections contre l'éloignement (IV).

### **I. Sur le respect de la procédure relative à la délivrance des visas de retour : une marge d'appréciation des autorités consulaires réduite et une consultation préalable de la préfecture**

Même si aucune obligation légale n'impose aux postes consulaires de solliciter l'accord des préfectures pour la délivrance d'un visa de retour, le recueil d'un tel avis paraît logique dès lors que l'étranger qui sollicite la délivrance d'un tel visa est déjà titulaire d'un droit au séjour en France. L'avis de la préfecture est dans ce sens pertinent et la marge d'appréciation des autorités consulaires réduite.

En l'espèce, la préfecture a émis un avis favorable à la délivrance d'un visa à Monsieur X mais les autorités consulaires n'ont pas suivi cet avis et se sont prononcées sur le droit au séjour de Monsieur X, ce qui ne semble pas être de leur compétence s'agissant d'un ressortissant vivant en France et y bénéficiant déjà d'un droit au séjour, Monsieur X étant en possession d'une carte de résident valable jusqu'en 2022.

Au vu de ce contexte, il pensait à juste titre pouvoir se rendre au Maroc sans crainte de ne pouvoir revenir et sans avoir à effectuer de démarches supplémentaires.

Lorsque son titre de séjour a été endommagé, Monsieur X bénéficiait bien d'un droit au séjour, son titre ne lui ayant pas été retiré. L'impossibilité matérielle des autorités douanières de procéder à sa lecture électronique n'affecte en rien la valeur juridique du titre de séjour.

Néanmoins, les autorités consulaires ont estimé que sa présence en France constituerait une menace pour l'ordre public alors même qu'il était déjà présent en France depuis 28 années et que sa présence sur le sol français n'a jamais été remise en cause.

Cette contradiction entre la réponse apportée par la préfecture et celle de la sous-direction des visas quant à l'appréciation de cette menace est d'autant plus problématique que les autorités consulaires n'ont pas suffisamment vérifié l'impact de ce refus de visa sur le droit au respect de la vie privée et familiale de Monsieur X.

## **II. Sur la balance nécessaire entre la menace à l'ordre public et la vie privée et familiale de l'intéressé protégée par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme**

Ce refus de visa de retour a les mêmes conséquences juridiques qu'une décision de retrait de titre de séjour.

Or, avant de prononcer une décision de retrait de titre de séjour, il doit être vérifié qu'elle ne constitue pas une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale de l'intéressé tel que protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à l'intérêt supérieur de l'enfant, protégé par l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE).

Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 8 février 1994 précise que la menace à l'ordre public en matière de délivrance de titre de séjour :

*« doit être appréciée au regard de l'ensemble des éléments de fait et de droit caractérisant le comportement personnel de l'étranger en cause. Il n'est donc ni nécessaire, ni suffisant que l'étranger ait fait l'objet de condamnations pénales. L'existence de celles-ci constitue cependant un élément d'appréciation au même titre que d'autres éléments tels que la nature, l'ancienneté ou la gravité des faits reprochés à la personne ou encore son comportement habituel » (NOR : INTD9400050C).*

Le tribunal administratif de Z dans son jugement du 29 mai 2019 a considéré que :

*« Monsieur X a été condamné par le tribunal correctionnel..... le 31 mars 2009 à une amende de 300 euros pour usage illicite de stupéfiants et le 27 mars 2017 à trois mois d'emprisonnement avec sursis assorti d'une mise à l'épreuve d'un an et 6 mois pour conduite d'un véhicule sans permis et sans assurance, sous l'emprise de produits stupéfiants, avec utilisation du nom d'un tiers. Eu égard à la gravité et au caractère récent de la dernière condamnation, le ministre a pu estimer que la présence en France de Monsieur X constitue une menace pour l'ordre public sans entacher sa décision d'une erreur d'appréciation ».*

S'agissant de la gravité des faits reprochés, la juridiction pénale a prononcé à l'égard de l'intéressé une mesure d'emprisonnement avec sursis assortie d'une mise à l'épreuve et non pas une mesure d'emprisonnement ferme ne jugeant ainsi pas nécessaire d'imposer à l'intéressé une mesure de privative de liberté.

Par ailleurs, après examen du degré de gravité de l'infraction et de la protection contre l'éloignement dont Monsieur X pouvait se prévaloir, le juge pénal n'a pas décidé d'accompagner cette sanction d'une peine complémentaire d'interdiction du territoire.

Quant au caractère récent des condamnations, s'il est vrai que Monsieur X a fait l'objet de deux condamnations, - et non pas de multiples condamnations comme indiqué par la sous-direction des visas au Défenseur des droits - plusieurs années se sont écoulées entre les condamnations puisque sa deuxième condamnation même si elle date de 2017, porte sur des faits commis antérieurement.

Enfin, s'il n'appartient pas au Défenseur des droits de se prononcer sur la gravité des délits commis par l'intéressé, il relève néanmoins que les condamnations précitées n'ont jamais conduit les services préfectoraux à refuser la délivrance d'un titre de séjour à Monsieur X depuis son arrivée en France en 1990 au motif d'un risque de trouble ou de menace à l'ordre public.

Au contraire, la préfecture a délivré une carte de résident à Monsieur X en 2012, soit postérieurement à sa première condamnation. C'est uniquement parce que sa carte de résident a été détériorée qu'il rencontre aujourd'hui des difficultés pour rejoindre le territoire français.

La notion de menace induit une décision à caractère préventif et non répressif. Il en résulte que la décision n'a pas le caractère d'une sanction mais d'une mesure de police exclusivement destinée à protéger l'ordre et la sécurité publics (Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Ministère de l'intérieur c. Elfenzi*).

Les motifs doivent être susceptibles de provoquer des troubles réels affectant l'ordre public pour l'avenir soit en raison de leur répétition, soit du fait de leur évolution. Or, dans l'hypothèse où il aurait été considéré que Monsieur X représentait une menace réelle risquant d'affecter l'ordre public à l'avenir, la préfecture aurait procédé au retrait de sa carte de résident ou aurait à tout le moins émis un avis défavorable à son retour sur le territoire français lorsqu'elle a été consultée par les autorités consulaires.

Par ailleurs, le Conseil d'État a rappelé à plusieurs reprises que, de manière générale, les autorités compétentes étaient tenues, lorsqu'elles envisageaient de refuser des visas sur des motifs liés à la protection de l'ordre public, de prendre en compte les conséquences de ce refus sur la vie familiale du demandeur (Conseil d'État, 4 juillet 1997, n°156298 ; 19 mars 2003, n°234636).

À ce titre, le juge exerce un contrôle de proportionnalité, vérifiant que l'atteinte portée à la vie familiale des demandeurs n'est pas excessive au regard des objectifs d'ordre public poursuivis par le refus de visa (Conseil d'État, 22 juil. 2008, n°294797 ; 7 août 2008, n°289842 ; 27 janv. 2010, n°321110).

Sur la balance entre les considérations d'ordre public et le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, le juge administratif a pu annuler, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme :

- Le refus de séjour opposé à un étranger condamné à plusieurs reprises entre 1989 et 1991 pour des infractions tenant à des vols et escroqueries, alors qu'il résidait en France depuis l'âge d'un an, qu'il ne disposait plus d'aucune attache dans son pays d'origine, qu'il avait quatre enfants de nationalité française pour lesquels il pourvoyait effectivement à l'entretien et à l'éducation (CE, 15 mai 2019, n°427502) ;
- Le refus de séjour opposé à un étranger condamné à plusieurs reprises entre 2015 et 2018 pour des infractions à la législation sur les stupéfiants ainsi que des infractions routières, alors qu'il résidait sur le territoire français depuis l'âge de 7 ans, qu'il vivait avec une ressortissante française et que le couple avait un enfant, de nationalité française, né en 2015 (CAA de Bordeaux, 12 juin 2019, n°19BX00077).

Monsieur X ayant quitté le Maroc il y a trente ans, il dispose en France de la majorité de ses attaches privées et familiales. Tel en témoigne le fait d'avoir été marié avec Madame Y, ressortissante française, pendant plus de dix années avec qui il vivait depuis 2005.

Monsieur X est également le père d'une enfant française, A.X, née le 21 mars 2008. Cette dernière est particulièrement attachée à son père, qui n'a cessé de s'occuper d'elle depuis sa naissance.

Or, ce refus de visa de retour implique de maintenir l'enfant éloignée de son père ce qui est contraire à son intérêt supérieur.

### **III. Sur l'impact de cette décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant**

Depuis que Monsieur X est maintenu à Tanger, A.X souffre d'une détérioration de son état psychique et de troubles du comportement. Le pédopsychiatre qui la suit a d'ailleurs confirmé les souffrances de l'enfant et a établi un certificat médical de dispense de scolarité pour la période du 11 mars au 6 juillet 2019.

L'article 3.1 de la CIDE précise que :

*« 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 ».*

Ainsi, lorsque des enfants sont en cause, les autorités nationales doivent, dans leurs considérations, faire primer leur intérêt supérieur (CEDH, 19 janvier 2012, aff. nos 39472/07 et 39474/07, *Popov c/ France*, § 139).

C'est par exemple sur le fondement de l'article 3.1 de la CIDE, que le Conseil d'État a annulé un refus de séjour opposé au père d'une enfant née en France sur laquelle il exerce, conjointement avec la mère dont il est divorcé, l'autorité parentale. L'exécution de l'arrêté aurait pour effet de priver l'enfant de la présence régulière de son père, ce qui serait contraire à l'intérêt supérieur de celle-ci en violation de l'article 3 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant (Conseil d'État, 26 avr. 2006, n° 273977).

#### **IV. Sur les protections dont Monsieur X peut se prévaloir compte-tenu de sa durée de présence en France et de sa situation familiale**

Si le réclamant n'était pas retourné au Maroc pour assister au mariage de son frère, il n'aurait pas pu être éloigné de la France dès lors qu'il était protégé contre une mesure d'éloignement par plusieurs dispositions du CESEDA.

D'une part, il résidait régulièrement en France depuis plus de dix ans. Or, l'article L.511-4 4° du CESEDA prévoit que ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français les étrangers qui résident régulièrement en France depuis plus de dix ans.

D'autre part, il est père d'une fille française mineure résidant en France et établit contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de son enfant avec qui il résidait. Cette circonstance lui permet de bénéficier également de la protection contre une mesure d'éloignement au titre de l'article L.511-4 6° du CESEDA.

Par ces deux circonstances, il est également protégé contre une mesure d'expulsion du territoire pour des motifs d'ordre public puisque l'article L.521-3 dudit code prévoit que :

*« ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes : L'étranger qui réside régulièrement en France depuis plus de dix ans et qui, ne vivant pas en état de polygamie, est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à 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 un an ».*

Enfin, le juge pénal n'aurait pas non plus été en mesure de prononcer une peine d'interdiction du territoire français à son égard dès lors que l'article 131-30-2 du code pénal prévoit qu'il est protégé contre une telle mesure s'il justifie par tous moyens résider en France habituellement depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans. Cette protection n'est certes pas applicable en cas d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, d'actes de terrorisme, d'infractions en matière de groupes de combat et de mouvements dissous ou d'infractions en matière de fausse monnaie mais les condamnations prononcées à l'égard de Monsieur X ne peuvent pas ainsi être qualifiées.

Dans ces conditions, le refus de visa opposé à Monsieur X est pris en méconnaissance des articles L.511-4 4, L.511-4 6° et L.521-3 du CESEDA ainsi que des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la cour administrative d'appel de Z.

Jacques TOUBON