
Décision du Défenseur des droits n°2021-220

La Défenseure 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 internationale relative aux 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 du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (CRC/GC/ 2005/6) (2005) ;

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 l'observation générale conjointe n° 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales (CMW/C/GC/3 - CRC/C/GC/22) (2017) ;

Vu l'observation générale conjointe n° 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 du Comité des droits de l'enfant, (CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23) (2017) ;

Vu le code civil ;

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

Vu le code pénal ;

Vu le code de santé publique ;

Saisie par l'association Y de la situation de Monsieur X , de ses difficultés à bénéficier d'une mesure de protection en tant que mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille,

Décide, conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi organique n° 2011-33 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, de formuler les observations suivantes devant la cour d'appel de Z.

Claire HÉDON

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

I. Rappel des faits

1. La Défenseure des droits a été saisie le 11 juin 2021 par l'association la Y de la situation de Monsieur X né le 20 juillet 2006, de nationalité marocaine.
2. Monsieur X a été placé en rétention administrative, sous l'identité de W, par le Préfet de B le 26 mai 2021 sur la base d'une obligation de quitter le territoire français prise à son encontre par le Préfet de A le 20 janvier 2021.
3. Le juge des libertés et de la détention de Z a prononcé la prolongation de sa rétention pour une durée de 28 jours le 28 mai 2021, décision confirmée par la cour d'appel de Z le 31 mai 2021.
4. Avec l'aide de l'association Y, Monsieur X a récupéré auprès de sa famille au Maroc la photocopie d'un extrait d'acte de naissance afin de démontrer sa véritable identité, indiquant « *avoir menti sur son identité, avoir présenté les documents d'identité de son cousin [W] né le 11 décembre 2001 afin de pouvoir voyager rapidement* ». Il a par ailleurs indiqué à l'association Y être entré en Espagne en 2016 et avoir été pris en charge en Espagne en tant que mineur isolé, prise en charge qui lui aurait permis d'obtenir un titre de séjour.
5. Selon les informations transmises, il aurait été demandé à Monsieur X de se soumettre à un test de dépistage de la COVID-19 le 11 juin 2021, ce qu'il a refusé.
6. D'après les informations transmises par l'association intervenant au sein du centre de rétention administrative, Monsieur X serait suivi par la brigade de police de Z dite « Brigade MNA », dispositif mis en place à Z au regard de la problématique spécifique des mineurs non accompagnés marocains suspectés d'être victimes de traite. Il nous a ainsi été indiqué que Monsieur X aurait reçu la visite d'un brigadier, qui l'aurait suivi dans son parcours, durant son placement en rétention. Ce suivi particulier par la brigade spécialisée MNA ressort également d'un procès-verbal daté du 28 août 2020 du commissariat divisionnaire de Z, dont copie nous a été transmise, où apparaissent les alias utilisés par Monsieur X et dans lequel Monsieur X indique être mineur, consommer du Leryca, du Rivotril.
7. Le 11 juin 2021, Monsieur X a saisi le tribunal pour enfants de Z de sa situation, indiquant son placement en rétention sous l'identité de son cousin, expliquant les raisons de l'utilisation de cette identité et présentant la photocopie de l'extrait d'acte de naissance.
8. Selon les informations de Y, Monsieur X aurait également indiqué avoir fait l'objet d'une « procédure » à C sous l'alias U, avoir été soumis à des expertises médicales d'âge osseux à ce titre et « relâché ». Le Défenseur des droits n'a pas eu copie de cette procédure mais note que l'alias « U » apparaît dans le procès-verbal du 28 août 2020 susmentionné.
9. Le conseil de Monsieur X a pu par la suite récupérer un jugement du tribunal pour enfants de Z du 15 décembre 2020 condamnant Monsieur X à trois mois d'emprisonnement délictuel sous l'alias V, alias mentionné dans le procès-verbal du 28 août 2020 visé ci-dessus.
10. A la suite de son refus de se soumettre à un test de dépistage de la COVID-19, Monsieur X a été condamné par la 7^e chambre correctionnelle du tribunal judiciaire de Z par décision du 25 juin 2021, pour soustraction à l'exécution d'une obligation de quitter le territoire français, à trois mois d'emprisonnement délictuel et trois ans d'interdiction du territoire français.

11. C'est suite à l'appel de Monsieur X à l'encontre de cette dernière décision que ce dossier est appelé à l'audience devant la cour d'appel de Z.

II. Remarques liminaires

12. Compte tenu des brefs délais existants entre la saisine de l'institution et la date d'audience, la Défenseure des droits n'a pas été en mesure de mener une instruction contradictoire dans cette affaire.

13. S'agissant des éléments factuels de l'espèce, son analyse ne peut reposer que sur les pièces transmises par l'auteur de la saisine, sans préjudice de leur éventuelle contestation au cours de l'audience.

III. Observations

14. À titre liminaire, il convient de rappeler que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par la France en 1990, précise dans son article 3, dont l'effet direct a été reconnu¹, que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait [...] des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

15. Comme l'a rappelé le Comité des droits de l'enfant dans son observation générale n° 6 du 1^{er} septembre 2005, « *la jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors impérativement, sauf indication contraire expresse de la Convention, être accessible à tous les enfants y compris les enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants, sans considération de leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie* ». Les obligations juridiques qui en découlent comprennent tant des obligations de faire, que des obligations de ne pas faire.

16. L'État a, en effet, la responsabilité de prendre des mesures visant à garantir l'exercice de ces droits sans discrimination mais également de s'abstenir de prendre certaines mesures attentatoires aux droits de ces enfants.

17. En outre, le Comité des droits de l'enfant sollicite que des mesures soient prises pour « *remédier à tout préjugé défavorable à l'égard des enfants non accompagnés ou séparés dans la société ou toute stigmatisation de ces enfants* ».

18. Plus encore, par une observation générale conjointe no 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no 22 du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales², il a été rappelé que « *Le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant fait obligation au secteur public comme au secteur privé, aux tribunaux, aux autorités administratives et aux organes législatifs de veiller à ce que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt de l'enfant*

¹ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 ; Cour de cassation, ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-69.052 ; Cour de cassation, 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n° 18-11.815.

² CMW/C/GC/3 - CRC/C/GC/22 (2017).

soit évalué et soit une considération primordiale. (...) Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale est un droit de fond, un principe juridique interprétatif et une règle de procédure et s'applique aux enfants à la fois en tant qu'individus et en tant que groupe. (...) le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas seulement une considération parmi d'autres. Il convient donc d'accorder un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant. »

19. La Défenseure des droits souhaite appeler l'attention de la juridiction sur les difficultés relevées quant à la compétence de la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel de Z en raison des doutes sur la minorité de Monsieur X, de la procédure pendante devant le tribunal pour enfants de Z et du faisceau d'indices de minorité. A ce titre, elle entend rappeler l'obligation d'évaluation de la qualité de victime de traite (1), le droit à l'identité du mineur (2) et les difficultés liées à la qualification de l'infraction de soustraction à l'exécution d'une obligation de quitter le territoire français suite au refus de se soumettre au dépistage de la COVID-19 (3).

1. Sur l'obligation d'évaluation de la qualité de victime de traite

20. L'article 225-4-1 du code pénal dispose :

« I. - La traite des êtres humains est le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation dans l'une des circonstances suivantes :

1° Soit avec l'emploi de menace, de contrainte, de violence ou de manœuvre dolosive visant la victime, sa famille ou une personne en relation habituelle avec la victime ;

2° Soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de cette personne ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

3° Soit par abus d'une situation de vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, apparente ou connue de son auteur ;

4° Soit en échange ou par l'octroi d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage.

L'exploitation mentionnée au premier alinéa du présent I est le fait de mettre la victime à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre la victime des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, de réduction en esclavage, de soumission à du travail ou à des services forcés, de réduction en servitude, de prélèvement de l'un de ses organes, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre la victime à commettre tout crime ou délit.

La traite des êtres humains est punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

II. - La traite des êtres humains à l'égard d'un mineur est constituée même si elle n'est commise dans aucune des circonstances prévues aux 1° à 4° du I.

Elle est punie de dix ans d'emprisonnement et de 1 500 000 € d'amende »

21. La question des mineurs contraints à commettre des délits exige d'avoir pleinement conscience du phénomène de traite dont sont victimes certains MNA mais aussi certains mineurs étrangers en famille (jeunes serbes par exemple) qui commettent des délits. En effet, nombre d'entre eux, se trouvent contraints à commettre des infractions sous l'emprise de réseaux ou d'adultes.

22. Ainsi que l'a rappelé le Défenseur des droits au Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA), les modalités d'identification puis de protection que la France met en place à leur égard sont déficientes. Ainsi, selon la 3^{ème} enquête annuelle sur

les victimes de traite des êtres humains (TEH)³, 339 mineurs victimes de traite ont été suivis par 21 associations en France en 2018, ce qui représente 12% de l'ensemble des victimes accompagnées par ces associations. Parmi ces mineurs, 38% ont été contraints à commettre des délits, ce qui représente la première forme d'exploitation subie par ces derniers en France.

23. Toutefois, bien qu'élevés, ces chiffres ne reflètent pas la réalité de cette forme de traite en France, qui touche particulièrement les enfants en provenance des Balkans et d'Afrique du nord (Maroc et Algérie). La plupart de ces enfants ne sont pas identifiés comme victimes de cette forme d'exploitation qu'est la contrainte à commettre des délits.

24. Le manque de connaissances liées aux formes d'exploitation et plus spécifiquement à la contrainte à commettre des délits, mène à un défaut d'identification et à l'absence de reconnaissance du statut de victime, voire à des poursuites pénales pouvant conduire à leur incarcération. Si ces mineurs restent en marge des systèmes de protection, c'est avant tout parce qu'ils sont d'abord considérés comme des délinquants à punir et non pas comme des victimes à protéger.

25. Faute de protection, nombre de ces mineurs demeurent dans une situation de traite ou d'exploitation ou du moins dans une situation de vulnérabilité les exposant au risque de voir se produire ou se reproduire des faits délictueux.

26. S'agissant des enfants en provenance du Maroc, ils parviennent en France dans des états de santé physique et psychique extrêmement dégradés et préoccupants et souffrent de poly addictions et de troubles du comportement. Ils peuvent se montrer extrêmement violents vis-à-vis des autres mais aussi et surtout vis-à-vis d'eux-mêmes.

27. Ces enfants que l'on dit « volatiles », « éloignés de la protection de l'enfance » ne sont dès lors connus que sous l'angle sécuritaire, pénal et, souvent, carcéral. Là encore, le travail des différentes institutions et autorités est compliqué par l'utilisation de nombreux alias.

28. Or la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt de chambre du 16 février 2021⁴ a rappelé l'obligation de prendre des mesures concrètes pour protéger les victimes de la traite et a jugé qu'une fois que les autorités ont eu connaissance d'un soupçon crédible de traite d'une personne, celle-ci doit être évaluée par une personne qualifiée. A ce titre, la Cour estime que, même si une telle évaluation n'est pas nécessairement contraignante pour un procureur, ce dernier devrait clairement motiver une conclusion différente.

29. Dans le cas des deux mineurs, la Cour a relevé que, malgré l'existence de soupçons crédibles de traite, ni la police ni le service des poursuites ne les ont renvoyés vers une autorité compétente pour évaluation ; que le service de poursuites avait rejeté la qualification de victimes de traite sans donner des raisons claires et que la cour d'appel s'était limitée à examiner si la décision d'engager des poursuites avait constitué un abus de procédure. La Cour a alors estimé que l'absence de toute évaluation visant à déterminer si les intéressés avaient été victimes de la traite les a potentiellement empêchés d'obtenir des éléments de preuve importants susceptibles d'aider leur défense. En tant que telle, la procédure n'a donc pas été équitable, ce qui a emporté violation de l'article 6§1.

30. La Défenseure des droits constate que, dans les différentes procédures concernant Monsieur X, son possible statut de victime de traite n'a pas été examiné, malgré l'existence de soupçons crédibles de traite présents au dossier.

³ Coordonnée par la Mission interministérielle pour la protection des femmes contre les violences et la lutte contre la traite des êtres humains (MIPROF) et l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP) publiée en 2019.

⁴ CEDH, 16 février 2021, affaire V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni, requêtes n° 77587/12 et 74603/12.

2. Sur le droit à l'identité de Monsieur X

31. L'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'effet direct a été reconnu par la Cour de cassation⁵, précise :

« Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales tels qu'ils sont reconnus par loi, sans ingérence illégale.

Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible ».

32. Le Comité des droits de l'enfant a éclairé les composantes du droit à l'identité protégé par l'article 8 précité, dans ses différentes observations en affirmant à plusieurs reprises que la date de naissance constitue un élément fondamental de l'identité et est protégée à ce titre par l'article 8 : *« Le Comité considère que la date de naissance d'un enfant fait partie de son identité et que les États parties sont tenus de respecter le droit de l'enfant de préserver son identité sans le priver d'aucun des éléments qui la constituent »*⁶.

33. Le droit à l'identité d'un mineur est également garanti conventionnellement par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, éclairé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). La Cour a ainsi rappelé que *« le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain »*⁷.

34. Il sera en outre rappelé qu'un intérêt d'ordre public s'attache à ce que toute personne vivant habituellement en France, même si elle est née à l'étranger et possède une nationalité étrangère, soit pourvue d'un état civil⁸.

35. Lors des différentes procédures, et malgré son profil particulièrement vulnérable, une cohérence dans le discours Monsieur X apparaît : l'utilisation de l'identité de son cousin, alias W, identité utilisée pour quitter le Maroc, puis identité retenue par les autorités espagnoles pour le confier au système de protection de l'enfance espagnol. Si les autorités consulaires marocaines ont été interrogées par les autorités françaises sur la connaissance de cette identité (W), elles n'ont en revanche pas été interrogées sur la photocopie de l'extrait d'acte de naissance que présente Monsieur X. Elles n'ont pas non plus été sollicitées pour confirmer ou infirmer la parenté de Monsieur X et Monsieur W ni pour vérifier l'identité de Monsieur X.

36. La photocopie d'extrait d'acte de naissance présentée par Monsieur X indiquant une date de naissance le 20 juillet 2006 doit être mise en lumière avec le jugement du tribunal pour enfants de Z en date du 15 décembre 2020, condamnant Monsieur X alias V né le 11 décembre 2006, à un emprisonnement délictuel de trois mois.

3. Sur la soustraction à l'exécution d'une obligation de quitter le territoire français

⁵ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 6 janv. 2010, n° 08-18.871.

⁶ CRC/C/83/D/21/2017 §10.17 ; CRC/C/83/D/24/2017 §10.9 ; CRC/C/85/D/26/2017 §9.16 ; CRC/C/85/D/28/2017 §9.15 ; CRC/C/82/D/17/2017 §13.9 ; CRC/C/82/D/27/2017 §9.10.

⁷ Cour européenne des droits de l'homme, 5e Sect. 26 juin 2014, Mennesson c. France, Req. n° 65192/11 §96 ; 5e Sect. 26 juin 2014, Labassée c. France, Req. n° 65941/11 §75.

⁸ Cour d'appel de Paris, 24 février 1977, D.S. 1978, 168 ; cour d'appel de Paris, 2 avril 1998 D. I.R. 137, R.T.D.C. 1998 651.

37. L'article L 824-9 du CESEDA dispose « *Est puni de trois ans d'emprisonnement le fait, pour un étranger, de se soustraire ou de tenter de se soustraire à l'exécution d'une interdiction administrative du territoire français, d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une décision d'expulsion.*

Cette peine est également applicable en cas de refus, par un étranger, de se soumettre aux modalités de transport qui lui sont désignées pour l'exécution d'office de la mesure dont il fait l'objet.

L'étranger condamné en application du présent article encourt la peine complémentaire de dix ans d'interdiction du territoire français. »

38. Il ressort des arrêts de la Cour de cassation du 1er avril 2015⁹ et du 9 juin 2021¹⁰ pris en conformité avec l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 6 décembre 2011 Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val de Marne¹¹ rendu sur le fondement de la directive 2008/115 du Parlement européen et du Conseil¹² que l'infraction de soustraction à l'exécution d'une obligation de quitter le territoire ne peut être constituée que si l'étranger a fait l'objet d'une mesure régulière de placement en rétention administrative et d'assignation à résidence ayant pris fin sans qu'il ait pu être procédé à son éloignement. La Cour de cassation précise que les poursuites pénales ne peuvent être engagées qu'à l'expiration du délai maximal de rétention administrative.

39. En outre, les dispositions de l'article précité ne comportent pas une liste limitative de faits constituant des obstructions à l'exécution d'une mesure de reconduite à la frontière, de sorte qu'il est nécessaire de caractériser une action positive d'opposition à la mise en œuvre de la mesure concernée. Comme l'a rappelé la jurisprudence, « ledit comportement doit donc être volontaire et adopté à dessein de mettre en échec ou d'empêcher l'exécution de la décision »¹³.

40. Le refus, par un ressortissant étranger, de se soumettre à la réalisation d'un test de dépistage préalable à la mesure de reconduite à la frontière ou d'une obligation de quitter le territoire français n'est pas réprimé de façon autonome. En l'espèce, il serait reproché à Monsieur X le refus de se soumettre au test de dépistage de la Covid 19. De manière constante, durant la procédure, Monsieur X a rappelé sa minorité.

41. L'article L 1111-4 du code de la santé publique dispose qu'aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne, ce consentement pouvant être retiré à tout moment et l'article 16-3 du code civil dispose qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

42. Le test de dépistage de la Covid-19 consiste en un prélèvement naso-pharyngé à l'aide d'un écouvillon. Toute personne demeure libre de refuser un tel test, celui-ci supposant l'introduction d'un objet dans le corps¹⁴. Ce refus relève en conséquence de l'expression libre d'un choix au regard des droits ci-dessus garantis. Ainsi que le relève la jurisprudence, dans ces conditions « *les circonstances ne permettraient pas de passer outre le refus, la réalisation*

⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 1 avril 2015, n° 13-86.418.

¹⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 9 juin 2021, n° 20-80.533.

¹¹ Cour de justice de l'Union européenne (grande chambre) du 6 décembre 2011 Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val de Marne, C-329/11.

¹² Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

¹³ Cour d'appel de Douai, 4^e chambre, arrêt du 22 avril 2021 n° 231-2021.

¹⁴ *Ibid.*

dudit test n'étant nécessaire ni à la santé du prévenu ni à celle d'autrui. En refusant ce test, le prévenu a donc exercé un droit à un moment où il était attendu de lui qu'il le fasse. Or ce seul comportement ne peut être assimilé à un acte positif d'opposition »¹⁵.

43. Par ailleurs, ce test n'est qu'un acte préparatoire au déplacement, réalisé en amont de celui-ci. Il ne peut donc être considéré que le prévenu s'est opposé à l'exécution même de la mesure. La loi pénale est d'interprétation stricte. Le législateur n'a entendu sanctionner que la soustraction à l'exécution de la mesure, et non aux actes préparatoires.

44. Dans des situations similaires, de nombreuses juridictions ont donc conclu que « *le refus dudit test par un étranger (...) n'est pas un acte positif de soustraction à la mesure administrative dont il fait l'objet ; et que ce refus n'est pas réprimé de manière autonome* », prononçant ainsi la relaxe des intéressés¹⁶.

45. Telles sont les observations que je souhaite soumettre à l'appréciation de la cour d'appel de Z.

Claire HÉDON

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.* ; voir aussi cour d'appel de Douai, 4^e chambre 22 avril 2021 arrêt n° 229/2021 ; tribunal correctionnel de Nîmes, jugement du 28 août 2020 n° 20/1242 ; tribunal judiciaire de Rouen, 4^e chambre correctionnelle collégiale, jugement du 16 juin 2021 n° 1142/21 ; tribunal judiciaire de Rennes, chambre des CI, jugement du 29 mars 2021 n° 21/268.