

Paris, le 23 février 2023

Avis du Défenseur des droits n°23-02

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 ;

Auditionnée par les rapporteurs de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration,

Émet l'avis ci-joint.

La Défenseure des droits,

Claire HÉDON

Le 1^{er} février 2023, un projet de loi « pour contrôler l’immigration, améliorer l’intégration » porté par les ministres de l’Intérieur, de la Justice ainsi que du Travail, du Plein emploi et de l’Insertion a été déposé au Sénat.

Le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante inscrite dans la Constitution, est compétent notamment en matière de protection et de promotion des droits fondamentaux des étrangers. À ce titre, d’une part, il traite de nombreuses réclamations concernant la situation de personnes étrangères, qui lui permettent d’avoir une connaissance fine des difficultés concrètes liées à l’application du droit. D’autre part, il réalise différentes études et rapports qui l’ont conduit à proposer diverses recommandations en la matière. Fort de cette double expertise, il a paru essentiel à l’institution de rédiger un avis sur ce projet de loi, afin de porter à la connaissance des parlementaires, mais aussi plus largement, des pouvoirs publics et de la société civile, les points de préoccupation importants que ce texte comporte.

Celui-ci a été conçu pour endiguer l’accélération des « flux migratoires » qui n’auraient cessé de progresser depuis vingt ans¹. À cette fin, ses auteurs souhaitent renforcer les contrôles aux frontières, la lutte contre l’immigration irrégulière et l’encadrement de la procédure d’asile. En parallèle, le projet de loi comporte des dispositions visant à faciliter l’intégration des personnes immigrées par le travail et l’apprentissage de la langue française. En effet, les conditions d’une « intégration réussie » des étrangers en France ne seraient pas réunies, cet échec étant caractérisé, selon le Gouvernement dans son étude d’impact, par une insertion professionnelle insuffisante et une délinquance importante². Pour atteindre ces deux objectifs, le projet de loi comporte également une simplification contentieuse afin d’accélérer l’éloignement ou l’intégration des étrangers.

Un tel projet repose sur des prémisses problématiques. D’abord, l’exposé des motifs et l’étude d’impact ne permettent pas d’apprécier la mesure des phénomènes que le projet de loi devrait réguler ou l’inefficacité des dispositions législatives actuelles pour atteindre les objectifs visés³. Le débat public risque alors d’être sous-tendu par des représentations erronées, voire discriminatoires, de l’immigration. En outre, le législateur ne disposera pas des informations suffisantes pour apprécier le caractère adapté, nécessaire et proportionné des restrictions des droits et libertés fondamentaux provoquées par certaines dispositions du projet de loi.

Ensuite, le projet de loi peut ne pas atteindre les objectifs fixés par ses auteurs. Depuis les années 1970, une trentaine de réformes législatives ont poursuivi les mêmes finalités : lutter contre l’immigration irrégulière et améliorer l’intégration des étrangers. Dans ce but, en moins de dix ans, le droit des étrangers a été entièrement renouvelé par trois lois⁴ tandis que le Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile (CESEDA) a été recodifié en 2020⁵. Non seulement ces réformes n’ont pas permis d’atteindre ces objectifs mais elles ont été fréquemment contre-productives. En particulier, légiférer à brefs intervalles entraîne une complexification constante du droit applicable aux étrangers et alimente les difficultés des

¹ *Étude d’impact – Projet de loi pour contrôler l’immigration, améliorer l’intégration*, 30 janvier 2023, p.7.

² *Ibid.*

³ CE, Assemblée générale, 26 janvier 2023, *Avis sur un projet de loi pour contrôler l’immigration, améliorer l’intégration*, n° 406543, cons. 4 et 5.

⁴ Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d’asile ; Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France ; Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d’asile effectif et une intégration réussie.

⁵ Ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020 portant partie législative du code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile ; décret n° 2020-1734 du 16 décembre 2020 portant partie réglementaire du Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile.

administrations, puis des juridictions, à accueillir et traiter leurs dossiers⁶. Surchargées, les préfectures – dont on connaît par ailleurs le manque d'effectif⁷ et les problèmes liés à une dématérialisation excessive⁸ – ne sont plus en mesure de recevoir et d'instruire dans des délais raisonnables les demandes de délivrance ou de renouvellement d'un titre de séjour. Cette situation prive les personnes de stabilité administrative alors qu'il s'agit pourtant de la condition première de leur intégration. La multiplication des réclamations adressées au Défenseur des droits par des étrangers ne parvenant pas à obtenir un rendez-vous en préfecture est un signe clair de cette situation. Entre 2019 et 2022, les réclamations relatives aux droits des étrangers ont augmenté de 233 %, et le droit des étrangers est devenu le premier motif de saisine de l'institution, passant de 10 % des réclamations reçues par l'institution à 24 %. Cet accroissement concerne essentiellement l'obtention de rendez-vous, les difficultés en lien avec la dématérialisation des guichets et les délais d'instruction excessifs. Une nouvelle réforme législative n'est pas susceptible de répondre à cette difficulté qui résulte en grande partie d'un manque de moyens dans la mise en œuvre de la dématérialisation des procédures. Elle risque même d'aggraver la situation en embolisant un peu plus les services des préfectures.

Surtout, la souveraineté de l'État l'autorise à définir les « *conditions d'admission des étrangers sur son territoire* »⁹, de leur séjour et de leur éloignement. Toutefois, ces conditions ne peuvent restreindre arbitrairement les droits fondamentaux des étrangers. Or, le projet de loi déposé au Sénat est de nature à porter gravement atteinte à ces droits. Outre un mouvement de durcissement des contrôles aux frontières dénoncé à de nombreuses reprises¹⁰, plusieurs dispositions instrumentalisent le droit au séjour en permettant l'adoption de décisions d'octroi, de renouvellement ou de retrait de titres de séjour pour sanctionner les étrangers au détriment de la garantie de leurs droits et libertés (I). Les risques que cette évolution fait peser sur les étrangers sont accentués par les atteintes à leur droit à un recours effectif au nom de l'efficacité de l'action de l'État (II) et la protection insuffisante des droits des personnes les plus vulnérables (III).

I. Les droits fondamentaux des étrangers menacés par l'instrumentalisation du droit au séjour

S'il n'existe aucun « *droit de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »¹¹, les conditions d'octroi, de renouvellement ou de retrait du droit au séjour ne peuvent être discriminatoires ou contraires aux droits et libertés fondamentaux des étrangers. Les garanties constitutionnelles et européennes de ces droits limitent ainsi le pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière de droit au séjour. À rebours de ces exigences,

⁶ Avis n°18-09 ; Avis n°22-04. V. également CE, Assemblée générale, 15 février 2018, *Avis sur un projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, n° 394206, cons. 7.

⁷ Cour des comptes, *L'entrée, le séjour et le premier accueil des personnes étrangères*, 2020.

⁸ *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*, 2019 ; Avis n°21-03 ; *Dématérialisation des services publics : trois ans après où en est-on ?*, 2022.

⁹ Cons. Const., 25 février 1992, n° 92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 8.

¹⁰ V. notamment *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, 2016.

¹¹ Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 2. Dans le même sens, Cour EDH, gde. ch., 9 juillet 2021, *M.A c. Danemark*, req. n° 6697/18, pt.131.

le projet de loi s'inscrit dans un mouvement de remise en cause des droits fondamentaux des étrangers¹². En utilisant le droit au séjour pour sanctionner un défaut d'intégration (1.1) ou des comportements menaçant l'ordre public (1.2), le projet de loi accentue la possibilité pour l'administration de restreindre arbitrairement ou d'une manière disproportionnée les droits fondamentaux des étrangers.

1.1. La délivrance de la carte de séjour pluriannuelle conditionnée à une connaissance suffisante de la langue française

Au cours des dernières décennies, le rapport entre l'obtention d'un titre de séjour et l'intégration s'est inversé¹³. En 1984, la carte de résident, titre de séjour de dix ans permettant à son titulaire de travailler, a, en effet, été créée en ayant vocation à être délivrée, dès l'arrivée, à tout étranger projetant une installation durable sur le territoire. Elle conférait ainsi un statut juridique rendant possible l'intégration des étrangers dans la société française, intégration pouvant aboutir à une naturalisation. Or, à mesure que se sont multipliés les titres de séjour temporaires, valables un an, la carte de résident est devenue une exception, délivrée au terme d'un parcours d'intégration considéré comme réussi¹⁴. Depuis 2003, l'obtention de cette carte est, en effet, conditionnée à l'intégration de l'étranger dans la société et dans la République¹⁵. Depuis 2005, le contrat d'accueil et d'intégration, devenu par la suite le contrat d'intégration républicaine, matérialise ces nouvelles exigences¹⁶. L'ensemble des cartes de séjour longue durée sont désormais concernées par ce contrat conclu entre l'étranger et l'administration¹⁷. Créée par la loi du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France pour être un intermédiaire entre les cartes de séjour temporaire et de longue durée, la carte de séjour pluriannuelle a également repris cette logique, tout en apportant une plus grande stabilité tenant au caractère pluriannuel du titre. Elle est subordonnée à la justification, par l'étranger, de l'assiduité aux formations prescrites par l'État dans le cadre du contrat d'intégration républicaine et son absence de rejet des valeurs essentielles de la société française et de la République¹⁸. La loi du 7 mars 2016 a en outre conditionné la délivrance d'une carte de résidence à la connaissance de la langue française. Désormais, l'accès à un titre pérenne est la sanction d'une intégration réussie et non sa condition préalable. Dans un avis n°17-12 du 24 octobre 2017, le Défenseur des droits a souligné le risque discriminatoire contenu dans ces dispositions. En effet, elles ne tiennent pas compte de l'impossibilité de suivre les formations requises dans laquelle peuvent se trouver certaines personnes étrangères en raison de leur handicap ou d'un état de santé dégradé.

Or, l'article 1^{er} du projet de loi intensifie cette logique en prévoyant de conditionner l'obtention d'une carte pluriannuelle à la justification d'une connaissance de la langue française, et non pas seulement d'une assiduité à la formation. Les conditions liées à l'intégration sont donc renforcées, tout en accentuant les risques discriminatoires. En effet, l'exigence de connaissance de la langue française conditionnant la délivrance d'une carte de résident comporte une exception au profit des étrangers de plus de 65 ans¹⁹. Au contraire, la mesure proposée par le Gouvernement ne prévoit aucune exception liée à l'âge, à l'état de santé, au

¹² *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, 2016.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Avis n°17-12.

¹⁵ Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

¹⁶ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

¹⁷ Article L.413-7 du CESEDA.

¹⁸ Article L.433-4 du CESEDA.

¹⁹ Article L. 413-7, alinéa 3, du CESEDA.

handicap²⁰ ou à la particulière vulnérabilité économique qui pourraient pourtant empêcher les étrangers de suivre les formations requises ou d'acquérir un niveau de français suffisant. Les personnes les plus fragiles ne pourraient plus accéder à aucun titre de séjour pérenne. Or, le maintien sous des titres de séjour provisoires a un coût administratif et financier important pour les personnes qui doivent s'acquitter tous les ans de taxes qui, dans la majorité des cas, s'élèvent à plus de 200 euros. Surtout, en raison de la surcharge des services préfectoraux, les personnes ne pouvant bénéficier que de titres de séjour provisoires risquent de subir des interruptions de leur droit au séjour accentuant la précarité de leur situation administrative et les obstacles à leur intégration.

À cet égard, la Défenseure des droits, à l'instar du Conseil d'État, regrette que le projet de loi renvoie à un décret en Conseil d'État la détermination du niveau de connaissance exigée, conférant ainsi à l'administration une importante marge d'appréciation sur un point susceptible de conduire à une restriction notable de l'accès à la carte pluriannuelle²¹.

1.2. La réduction des protections contre l'éloignement au nom de l'ordre public

La corrélation entre le droit au séjour et l'absence de menace à l'ordre public n'est pas nouvelle. D'une part, le CESEDA conditionne l'accès à un titre de séjour à l'absence de menace à l'ordre public et autorise son retrait, sous certaines conditions, si une telle menace devait être établie. D'autre part, à côté de l'obligation de quitter le territoire, dont l'objet est de permettre l'éloignement de l'étranger qui n'a pas le droit de séjourner en France, d'autres mesures visent quant à elles à permettre l'éloignement de l'étranger qui représente une menace grave pour l'ordre public en raison de son comportement. Il s'agit de l'expulsion et de l'interdiction du territoire français (ITF). Ces mesures s'inscrivent dans une logique que l'on qualifie de double peine puisqu'elles visent à doubler la sanction pénale dont une personne étrangère a pu faire l'objet dans les mêmes conditions qu'un Français, d'une sanction spécifique en lien avec la qualité d'étranger, à savoir l'éloignement du territoire.

Toutefois, pour ménager un équilibre entre les objectifs de préservation de l'ordre public et les obligations qui incombent par ailleurs à la France en matière de protection des droits fondamentaux, la loi assortit actuellement chaque mesure d'éloignement de protections liées à l'ampleur de l'atteinte que cette mesure d'éloignement porterait notamment au droit au respect de la vie privée et familiale ou à l'intérêt supérieur de l'enfant.

S'agissant de l'obligation de quitter le territoire, ces protections, qui concernent notamment, sous certaines conditions, les étrangers entrés en France avant l'âge de 13 ans, les parents d'enfants français et les conjoints de Français ou encore les étrangers malades pour lesquels un défaut de prise en charge dans le pays d'origine emporterait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sont formulées sans réserve d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent sans prise en compte de l'éventuelle menace à l'ordre public que la personne étrangère pourrait représenter. Pour l'expulsion en revanche, qui vise précisément à éloigner

²⁰ L'étude d'impact évoque seulement l'intégration d'une dispense pour les personnes ayant un état de santé déficient chronique ou en situation de handicap dans le décret d'application de la disposition sans que ce dispositif ne soit prévu par le projet de loi (*Étude d'impact – Projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, 30 janvier 2023, p.53).

²¹ CE, Assemblée générale, 26 janvier 2023, *Avis sur un projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, cons. 12. La marge d'appréciation de l'administration est confirmée par le fait dans le cadre du régime de délivrance de la carte de résidence le niveau de connaissance de la langue française exigé a été rehaussée en 2018 passant de A1 à A2.

un étranger dont il est établi qu'il représente une menace grave pour l'ordre public, ces protections sont modulées au regard de la gravité de la menace. Par exemple, pour le parent d'enfant français résidant en France et justifiant de sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, le conjoint de Français depuis au moins trois ans ou l'étranger résidant régulièrement en France depuis dix ans, l'expulsion ne peut être prononcée qu'en raison d'une « *nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique* ».

Or, c'est cet équilibre que le projet de loi entend profondément bouleverser, d'une part en introduisant, pour les protections contre l'obligation de quitter le territoire, une réserve d'ordre public qui n'existait pas jusqu'alors (article 10 du projet de loi) et, d'autre part, en amoindrissant notablement le champ des protections contre l'expulsion (article 9 du projet de loi).

En effet, jusqu'à présent, certaines protections contre l'expulsion pouvaient être levées dans le cas où la personne étrangère avait fait l'objet d'une condamnation à une peine d'au moins 5 ans ferme. Or, l'article 9 revient sur cette logique en prévoyant une levée des protections non plus au regard de la peine prononcée mais de la peine encourue. Autrement dit, c'est la personne jugée pour des faits passibles de 5 ans d'emprisonnement – ou 10 ans selon les cas –, et non plus la personne condamnée à 5 ans d'emprisonnement, qui ne bénéficierait plus des protections légales.

Il s'agit là d'un déplacement du curseur particulièrement inquiétant, non seulement car la référence à la peine encourue plutôt que prononcée va à l'encontre du principe d'individualisation de la peine, mais également car dans les faits, les peines encourues sont très supérieures aux peines prononcées, si bien que la levée des protections contre l'expulsion concernera un champ très large de personnes pour lesquelles la gravité de la menace représentée sera loin d'être établie. Cela reviendra *in fine* à faire très majoritairement dépendre l'application des protections contre l'éloignement de l'appréciation des autorités administratives, là où la loi prévoyait jusqu'alors un certain nombre de critères objectivables. Dans ce contexte, les possibilités pour l'administration d'adopter des décisions ne pouvant aboutir à un éloignement risquent de se multiplier dans la mesure où les protections légales contre l'expulsion constituent en général une application en droit interne des garanties de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par ailleurs, le risque d'atteinte aux droits fondamentaux sera d'autant plus important que le recours contre l'expulsion n'est pas, en principe, suspensif.

À côté de ces dispositions, celles prévoyant de subordonner le bénéfice des protections contre l'OQTF – à l'exception de celle prévue pour les mineurs – à la condition que la personne ne constitue pas une menace grave pour l'ordre public renforce encore la marge discrétionnaire de l'administration dans l'application des mesures d'éloignement consécutives à un comportement répréhensible, tout en aboutissant, au terme d'un mélange des genres inédit, à la production d'un régime manifestement incohérent. En effet, l'OQTF poursuivrait désormais, au même titre que l'expulsion et l'ITF, un objectif de double peine, sans que les régimes n'aient pour autant été harmonisés.

L'ensemble de ces dispositions signent une extension inquiétante de l'ordre public, au détriment de la protection des droits fondamentaux des étrangers. Cette extension est également à l'œuvre dans le cadre de l'article 9, paragraphe 3, du projet de loi concernant les peines d'interdiction du territoire français. De même, l'article 13 généralise une réserve d'ordre public pour la délivrance ou le renouvellement de l'ensemble des documents de séjour. Si la

protection de l'ordre public est un objectif à valeur constitutionnelle, il n'est ni certain, ni démontré qu'un régime exceptionnel de restrictions des droits des étrangers soit nécessaire et justifié pour l'atteindre. Ainsi, l'objectif, légitime, poursuivi par le Gouvernement, d'assurer la meilleure protection de l'ensemble des personnes présentes sur le territoire devrait préférentiellement se faire via la mobilisation des outils pénaux de droit commun, lesquels permettent d'assurer une réponse pénale uniforme quelle que soit la nationalité de la personne concernée.

II. Le droit au juge réduit au nom de l'efficacité de l'action de l'État

Le risque d'atteinte aux droits fondamentaux des étrangers est renforcé par la réduction des garanties procédurales devant leur bénéficiaire. Outre une simplification problématique du contentieux des étrangers (2.1), le projet de loi comporte des remises en cause des principes fondamentaux d'un procès équitable en matière de privation de liberté (2.2) et autorise des atteintes à la liberté personnelle sans contrôle par une juridiction (2.3) au nom de l'efficacité de l'action de l'administration et des juridictions.

2.1. La « simplification » du contentieux des étrangers

De nombreuses institutions, à l'instar du Défenseur des droits²², ont soutenu la nécessité d'une simplification du contentieux des étrangers²³. Les règles de ce contentieux devenues illisibles, y compris pour les professionnels du droit, ne sont plus en mesure de garantir les principes d'une bonne administration de la justice. Cette simplification fait partie des objectifs de la réforme proposée. Toutefois, les modalités envisagées dans le cadre du projet de loi sont superficielles ou contre-productives et menacent le droit au recours effectif des étrangers.

L'article 21 du projet de loi crée un nouveau livre dans le CESEDA relatif aux procédures contentieuses devant le juge administratif. Il définit quatre types de procédures réparties en fonction de la formation de jugement : une procédure collégiale dite « procédure ordinaire » avec un délai de recours d'un mois et trois procédures à juge unique avec trois délais de recours distincts – 48 heures, 72 heures et sept jours. À l'inverse de la refonte complète du contentieux des étrangers envisagée par un rapport du Conseil d'État en 2020 et en partie soutenue par le Défenseur des droits, le projet de loi se limite à rattacher les recours existants à ces catégories. La diversité des recours possibles, qui résulte du nombre important de décisions susceptibles d'être prises et donc d'être contestées dans le cadre d'un même litige entre l'administration et un étranger, subsiste. Cette réforme législative ne peut parvenir à l'objectif de réduction de la masse du contentieux des étrangers.

Au surplus, le projet de loi complexifie un peu plus le contentieux en ajoutant un nouveau délai de recours – 72 heures – que le CESEDA ignorait jusqu'alors. Ce délai de recours, réservé aux OQTF sans délai de départ volontaire, laisserait certes quelques heures de plus aux personnes concernées pour exercer leur recours. Néanmoins, ajuster la durée du délai de recours au seul degré de contrainte exercé sur la personne, ainsi que le préconise le Conseil

²² *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, 2016 ; Avis n°18-14 ; Avis n°22-04.

²³ CE, *20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous*, 2020 ; rapport d'information de François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, *Services de l'État et immigration : retrouver sens et efficacité*, 2022.

d'État, aurait été non seulement plus lisible, mais aussi plus respectueux du droit à la sûreté²⁴. Le Conseil d'État propose en effet de réserver les procédures d'urgence aux étrangers placés en rétention, qui devraient bénéficier d'un délai de recours de 48 heures, et à ceux faisant l'objet d'une assignation à résidence, qui devraient bénéficier d'un délai de quinze jours. Pour les autres, non soumis à une mesure coercitive, un délai de recours unique devrait être appliqué.

Enfin, le projet de loi accentue les restrictions au droit au recours effectif des étrangers alors que ce contentieux repose déjà sur des règles échappant au droit commun²⁵. En particulier, l'application du délai de recours de sept jours pour la contestation de certaines décisions pourrait être particulièrement préjudiciable. En effet, ce sont principalement les demandeurs d'asile qui seraient concernés par cette voie de recours²⁶ alors même qu'ils sont un public particulièrement vulnérable.

2.2. La généralisation de la délocalisation des audiences en matière de privation de liberté

La remise en cause du droit au recours effectif est particulièrement nette en matière de privation de liberté. Les articles 21 et 24 du projet de loi généralisent le principe de la délocalisation de toutes les audiences pour les étrangers placés au centre de rétention administrative (CRA) ou en zone d'attente, dans des salles aménagées à proximité du lieu de rétention. Ayant pour objectif de limiter « *les coûts résultant des escortes* »²⁷ pour les déplacements au tribunal, cette évolution se fait au détriment d'une justice de qualité, respectant les principes fondamentaux d'un procès équitable.

En effet, le projet de loi exclut le contentieux de la privation de liberté des étrangers des enceintes judiciaires situées au cœur de la cité. L'isolement géographique de l'étranger ainsi maintenu à proximité de la zone d'attente ou du lieu de rétention, situé à plusieurs dizaines de kilomètres des villes, risque de le priver de tout public à son audience. La délocalisation de l'audience isole l'ensemble des acteurs : le juge, le greffier, l'étranger, l'avocat et l'interprète, et met à mal le principe de publicité des débats, garant d'une justice de qualité, en raison de l'éloignement géographique de ce lieu de justice.

En outre, très peu de salles sont aujourd'hui spécialement aménagées à proximité des lieux de rétention. Cet état de fait renforce le risque que l'administration systématise le recours aux visio-audiences, qui plus est à partir de salles situées dans les centres de rétention. L'étude d'impact évoque d'ailleurs l'aménagement de « salles de vidéo-audience » dans les futurs CRA²⁸. Or la distinction des lieux de justice et de police est impérative pour démontrer que la salle d'audience relève effectivement du ministère de la Justice et satisfaire à l'exigence d'apparence d'impartialité du procès. À ce sujet, ces dernières années, les visio-audiences se tiennent déjà régulièrement depuis des salles relevant du ministère de l'Intérieur, situées dans l'enceinte des CRA, ou d'un commissariat, ce qui est contraire aux exigences constitutionnelles, légales, et jurisprudentielles²⁹. Ce d'autant que les moyens de

²⁴ CE, 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous, 2020.

²⁵ *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, 2016.

²⁶ Contentieux des conditions matérielles d'accueil, des OQTF faisant suite à un rejet de la demande d'asile, ou encore des décisions de transfert dites « Dublin ».

²⁷ *Étude d'impact du projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, p. 328.

²⁸ *Ibid.*, p. 329.

²⁹ Décision n°20-11.

télécommunication audiovisuelle utilisés dans ce cadre ne permettent pas de garantir la clarté, la sécurité et la sincérité des débats ni d'assurer la confidentialité de la transmission.

Au surplus, le recours à la visio-audience constitue une restriction au droit au procès équitable et par conséquent, elle doit demeurer l'exception et être entourée de garanties. La généralisation de l'utilisation des moyens de télécommunication audiovisuelle, notamment quand ceux-ci ne sont pas rendus absolument indispensables par l'impossibilité de faire comparaître physiquement les personnes retenues devant la juridiction rompt avec cette exigence. En particulier, au regard de la situation des mineurs placés en zone d'attente ou en CRA, y compris les mineurs accompagnants pour lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que le juge judiciaire devait examiner leur situation, la généralisation des visio-audiences n'est pas une modalité adaptée à l'examen de la situation d'un mineur, accompagnant ou non accompagné³⁰.

2.3. La prise d'empreinte sous contrainte

Le projet de loi permet le recours à une contrainte portant atteinte à la liberté personnelle sans contrôle préalable d'une juridiction. En effet, l'article 11 du projet de loi autorise, après simple information du procureur de la République, le relevé signalétique sous contrainte d'une personne étrangère contrôlée à l'occasion du franchissement d'une frontière extérieure et lors de vérifications du droit au séjour et de circulation sur le territoire sans remplir les conditions d'entrée, en cas de refus caractérisé de se soumettre au relevé des empreintes digitales et à la prise de photographie.

La prise d'empreinte sous contrainte permise par cette disposition constitue une atteinte à l'intégrité physique des étrangers, qu'aucune disposition du CESEDA ne prévoit actuellement. Une telle possibilité a été introduite en 2022 dans le cadre d'une procédure pénale³¹. Pour des personnes soupçonnées d'avoir commis un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, le Conseil constitutionnel a estimé qu'elle était une telle restriction de la liberté personnelle et des droits de la défense, qu'elle ne pouvait être constitutionnelle que si des garanties procédurales importantes étaient assurées³². En particulier, cette disposition ne saurait être mise en œuvre hors la présence d'un avocat, des représentants légaux ou de l'adulte approprié. Une telle mesure est inconstitutionnelle, car contraire aux droits de la défense, lorsqu'elle concerne une personne entendue sous le régime de l'audition libre. Ainsi, et quand bien même il serait entouré de garanties, le recours à un tel procédé, dans le cadre d'une simple vérification d'un droit au séjour, porte une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle. Il soumet les étrangers à un régime plus restrictif que des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction.

Ces préoccupations sont renforcées par l'absence d'exclusion des mineurs de leur champ d'application et le risque d'atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. À noter que ces dispositions visent à faciliter la consultation de fichiers tels que VISABIO et AGDREF 2. Pourtant, s'agissant des mineurs non accompagnés, le recours à ces fichiers dans le cadre du processus de détermination de minorité est strictement encadré. En particulier, le mineur peut refuser de se soumettre au relevé d'empreintes et la majorité d'un individu ne saurait être déduite ni de son refus opposé au recueil de ses

³⁰ Cour EDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07 et 39474/07.

³¹ Article 55-1 du Code de procédure pénale introduit par la loi n°2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure.

³² Cons. Const., 10 février 2023, n°2022-1034 QPC, *Syndicat de la magistrature et autres*, cons. 16 et suiv.

empreintes ni de la seule constatation qu'il est déjà enregistré dans le fichier AGDREF 2 ou VISABIO³³. L'absence d'exclusion des mineurs du champ d'application de l'article 11 contrevient donc à ces exigences.

III. L'absence de protection des étrangers les plus vulnérables

Certaines personnes doivent bénéficier d'une protection renforcée de leurs droits en raison de leur vulnérabilité. Sans être privées de leurs droits au sens juridique, ces personnes pourraient l'être, de fait, en raison d'aléas matériels ou d'une décision arbitraire car elles ne bénéficient d'aucune autre ressource pour protéger leurs droits. Le projet de loi n'assure pourtant pas une protection des personnes les plus vulnérables notamment en créant un titre de séjour « métiers en tension », dont on peut relever certains aspects positifs, mais présentant des insuffisances (3.1), en généralisant le recours au juge unique à la Cour nationale du droit d'asile (3.2) ou en interdisant partiellement la rétention administrative des mineurs (3.3).

3.1. La création d'un titre de séjour « métiers en tension »

La lutte contre l'emploi illégal de personnes en situation irrégulière est une politique nécessaire pour prévenir les atteintes à la dignité humaine des étrangers et notamment la traite des êtres humains qui prospère largement à la faveur de la situation administrative précaire de certains travailleurs étrangers³⁴.

Or, plusieurs centaines de milliers de travailleurs seraient en situation irrégulière, c'est-à-dire dépourvus d'autorisation de travail ou de droit au séjour. Afin de créer un statut permettant de protéger leurs droits, un dispositif de régularisation par le travail a été introduit dans la loi en 2007³⁵. Ses conditions de mise en œuvre ont été précisées par une circulaire du 28 novembre 2012³⁶ - dite « circulaire Valls » - qui a institué un régime complexe mal appréhendé par les employeurs comme les salariés. Surtout, ce dispositif fait dépendre le droit au séjour du travailleur de son employeur et du pouvoir discrétionnaire de l'administration³⁷.

Pour remédier à cette situation, l'article 3 du projet de loi propose de créer une nouvelle carte de séjour temporaire fondée sur les métiers en tension. Cette carte serait attribuable de « plein droit » sans que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire et pourrait en principe être demandée par le travailleur sans le soutien de son employeur.

Si l'introduction d'une régularisation des travailleurs concernés déconnectée du pouvoir discrétionnaire de l'administration et de l'intervention obligatoire de l'employeur doit être saluée, la création d'un nouveau titre de séjour « métiers en tension » conduit au maintien d'un double régime insuffisamment protecteur des droits des travailleurs concernés.

En effet, à rebours des objectifs de simplification que s'est à juste titre fixé le Gouvernement, le projet de loi introduit une nouvelle carte de séjour qui s'ajoute au régime existant de l'admission exceptionnelle au séjour. Son caractère expérimental, jusqu'en 2026, risque d'en

³³ Cons. const., 26 juillet 2019, n° 2019-797 QPC, *Unicef et autres*, cons. 3.

³⁴ Voir notamment Défenseur des droits, décision 2022-221 et CA, Rouen, 16 janv. 2023.

³⁵ Article L.435-1 du CESEDA.

³⁶ Circulaire du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

³⁷ *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, 2016 et avis n°22-04.

faire un simple dispositif de correction temporaire de la pénurie de main-d'œuvre dans certains secteurs de l'économie. Dans cette perspective, les droits des étrangers, et notamment la protection de leur vie privée et familiale, demeureraient précaires et dépendants des fluctuations de l'économie. Ce risque est renforcé par la durée de ce titre de séjour – un an – sans que les conditions de renouvellement ne soient clairement précisées. L'article 3 se limite à indiquer qu'à l'expiration de cette carte, une carte de séjour pluriannuelle de quatre ans pourra être accordée aux travailleurs disposant de contrats à durée indéterminée.

Afin de poursuivre ces mêmes objectifs de simplification et de cohérence du droit, mais également de protection des personnes vulnérables et de lutte contre l'ensemble des pratiques illégales facilitées par l'emploi de personnes non autorisées à travailler, il est nécessaire d'unifier en les simplifiant, les dispositifs existants que sont l'admission au séjour pour motif professionnel de droit commun et l'admission exceptionnelle au séjour pour ce même motif.

Dans une logique de prévention, les salariés justifiant d'un contrat de travail ou d'une promesse qui n'a pas débuté, et qui bénéficient donc du soutien de leur futur employeur, pourraient solliciter un titre de séjour « salarié » sans avoir à justifier de la régularité de leur séjour, d'une ancienneté de résidence ou de travail en France. La demande d'autorisation de travail pourrait alors être examinée selon les règles relatives à l'opposabilité de la situation de l'emploi³⁸. La non-opposabilité de la situation de l'emploi pour les métiers en tension, actuellement retenue par le Gouvernement dans le cadre d'une approche utilitariste, pourrait être conservée, sous réserve d'une unification des listes existantes, d'une généralisation à l'ensemble des nationalités, et de mises à jour régulières. L'un des principaux intérêts d'un tel dispositif serait de prévenir les situations de recours illégal à la main-d'œuvre étrangère et donc d'endiguer ce phénomène et les atteintes aux droits fondamentaux qui en résultent.

Dans une logique de protection des travailleurs sans-papiers, une procédure de régularisation pourrait être prévue sans appui de l'employeur passé ou actuel pour les salariés en situation irrégulière qui justifient d'une activité professionnelle antérieure (par exemple, de 8 mois sur les 24 derniers mois comme le propose le projet de loi). Pour ce faire, il paraît nécessaire que la preuve de l'emploi puisse se faire par tout moyen. En effet, le dispositif actuel de régularisation exclut de fait les salariés les moins bien traités, et notamment ceux qui ne disposent pas de fiches de paie. De même, compte tenu de l'évolution du marché du travail, il paraît nécessaire de prendre en compte tout type d'activité professionnelle licite, qu'elle soit salariée ou non.

Enfin, pour s'assurer que les personnes les plus vulnérables et victimes d'infractions soient également protégées, le rôle de l'Inspection du travail pourrait opportunément être renforcé en prévoyant une admission au séjour de plein droit de tout travailleur en situation irrégulière dont la présence a été constatée par procès-verbal à l'occasion d'un contrôle. Un titre de séjour « salarié » leur serait alors délivré pour leur permettre de trouver un nouvel employeur, comme c'est le cas pour les travailleurs étrangers en CDI involontairement privés d'emploi.

3.2. Le recours au juge unique à la Cour nationale du droit d'asile

Outre la réduction des délais de recours pour un certain nombre de procédures liées à l'asile, l'un des points les plus inquiétants du projet de loi est l'article 20 qui entend faire du juge unique le principe et non plus l'exception à la Cour nationale du droit d'asile (CNDA). Les

³⁸ Article R.5221-20 du Code du travail.

formations collégiales ne statueraient que sur les affaires présentant une « difficulté sérieuse ».

La collégialité est sacrifiée au nom des impératifs de rationalisation et d'accélération de la procédure d'asile. Le projet de loi constitue ainsi une étape supplémentaire dans l'approche comptable de la justice dédiée aux demandeurs d'asile. Or, étant susceptibles de priver les requérants des garanties processuelles fondamentales d'une justice équitable que sont l'indépendance et l'impartialité de la justice, les restrictions au principe de collégialité devraient être strictement limitées³⁹. Cet article est ainsi susceptible d'emporter des conséquences substantielles sur les garanties accordées en application de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En effet, une formation de jugement auprès de la CNDA est moins en charge de l'examen des pièces justificatives présentées au soutien de la demande que de l'établissement d'un dialogue avec le demandeur d'asile. Les questions posées par les membres de la formation de jugement et les réponses qui leur sont apportées par le demandeur, sont indispensables à l'appréciation de son récit. Partant, ces questions jouent un rôle déterminant pour se prononcer sur le droit du demandeur à la qualité de réfugié ou au bénéfice de la protection subsidiaire. Dès lors, la suppression de la collégialité risque d'altérer significativement la richesse des échanges avec le demandeur durant l'audience. Cet échange lors de l'audience aborde régulièrement des situations douloureuses, voire très intimes, lorsque la demande d'asile est, par exemple, liée à des situations telles que des sévices subis, le refus d'un mariage forcé ou la pénalisation de l'homosexualité. Un regard collégial est absolument nécessaire pour apprécier ces situations dans toute leur complexité. Le recours au juge unique vide de sa substance le délibéré qui constitue un gage d'impartialité de la justice. Le principe doit demeurer la collégialité, et le juge unique l'exception. Inverser cette logique est un risque majeur.

Par ailleurs, dans l'étude d'impact, il est soutenu que le recours accru au juge unique permettra « *de faire baisser le nombre de renvois en limitant les cas d'absence de membres de la formation de jugement et en réduisant les renvois dits pour heure tardive* ». Or le renvoi pour « heure tardive » est précisément symptomatique d'une audience excessivement lourde où la complexité des affaires inscrites au rôle ne permet pas un examen exhaustif par la formation de jugement.

Cette évolution est d'autant plus inquiétante que l'article 20 permet également la création de chambres territoriales de la CNDA. À l'instar de la régionalisation de l'Office français pour la protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) prévue à l'article 19 du projet de loi, cette mesure est, en théorie, susceptible d'améliorer l'accessibilité de la juridiction aux demandeurs d'asile, ainsi qu'aux personnes les accompagnant. Néanmoins, si cette territorialisation de la CNDA n'est pas accompagnée de mesures permettant de garantir une présence suffisante d'interprètes, d'avocats et d'associations auprès des chambres territoriales, elle pourrait renforcer les atteintes au droit à un recours effectif provoquées par la généralisation du juge unique.

³⁹ Avis n°18-22.

3.3. La rétention administrative des mineurs

La rétention des mineurs, quel que soit leur âge, en centres ou locaux de rétention administrative ainsi qu'en zone d'attente est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, à la prohibition des traitements inhumains ou dégradants et des privations arbitraires de liberté ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et familiale⁴⁰.

À l'heure actuelle, les nombreuses dérogations prévues à l'interdiction de placer en rétention les parents accompagnés de mineurs aboutissaient davantage à légaliser la pratique de la rétention administrative de mineurs qu'à la prohiber⁴¹. Malgré les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant condamné la France à huit reprises⁴², la présence de mineurs en rétention demeure donc fréquente. Le Défenseur des droits est ainsi de plus en plus fréquemment saisi de placement en CRA de mineurs rattachés arbitrairement à des tiers, n'exerçant sur eux aucune autorité parentale, à Mayotte⁴³, ou des placements en rétention de parents, sans considération de la situation des enfants se retrouvant isolés sur le territoire national⁴⁴. De même, il est fréquemment saisi de placement en CRA de mineurs présentant des documents d'état civil ou d'identité, ou des photocopies de documents, non pris en compte par les services de police aux frontières⁴⁵.

Alors même que l'objectif affiché de mettre fin à la rétention des mineurs pouvait être salué, force est de constater malheureusement, et une fois de plus, que celui-ci n'est pas atteint par la rédaction de l'article 12 du projet de loi. D'abord, la rétention n'est interdite que pour les mineurs de moins de 16 ans, tandis qu'elle est autorisée sous certaines conditions pour les mineurs de 16 à 18 ans. Rien ne justifie pourtant cette différence. Ensuite, cet article ne prohibe nullement le placement d'un mineur, quel que soit son âge, au sein de locaux de rétention administrative (LRA) ou en zone d'attente alors même que la rétention dans de tels locaux de mineurs est en augmentation. Enfin, l'article 27 du projet de loi prévoit une entrée en vigueur différée de l'article 12 au 1^{er} janvier 2025 sans qu'aucune difficulté liée à leur mise en œuvre ne le justifie.

Seule une interdiction par le législateur du placement de tout mineur de 18 ans en CRA, mais également en LRA ou en zone d'attente, serait satisfaisante au regard des droits et libertés des mineurs⁴⁶.

*

Le projet de loi « pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration » fragilise ainsi considérablement les droits et libertés fondamentaux des étrangers. Il inverse le lien entre séjour et intégration, le droit au séjour étant la première condition d'une intégration réussie. Cette évolution expose alors les étrangers à un pouvoir discrétionnaire croissant de l'administration. En particulier, en raison de la généralisation des exigences liées à l'ordre public lors de la délivrance, du renouvellement ou du retrait d'un titre de séjour, le droit au respect de la vie privée, l'intérêt supérieur de l'enfant ou la prohibition des traitements

⁴⁰ Avis n°15-17 ; Avis n°15-20 ; Avis n°16-02 ; Avis n°18-14.

⁴¹ Avis n°16-02 ; Avis n°18-09 ; Avis n°18-14.

⁴² Voir notamment Cour EDH, 31 mars 2022, *N.B. et autres c. France*, req. n°49775/20.

⁴³ Décision n°22-206.

⁴⁴ Décision n°23-27.

⁴⁵ *Les mineurs non accompagnés au regard du droit*, 2022. V. également Avis n°21-12 et décisions n° 2022-042 et 2022-079.

⁴⁶ *Les mineurs non accompagnés au regard du droit*, 2022.

inhumains ou dégradants sont menacés. La réduction de leur droit au recours effectif aggrave ce risque en privant les étrangers de garanties procédurales dans leur relation avec l'administration tandis que le projet de loi ne parvient pas à garantir un niveau de protection suffisant pour prendre en compte la vulnérabilité de certaines personnes étrangères.

À l'inverse de cette logique, l'intégration ne pourra être facilitée qu'en modifiant la loi de manière à ouvrir les possibilités d'accès à un titre de séjour pérenne aux personnes ayant vocation à demeurer durablement en France. Par exemple, de nombreux jeunes majeurs se heurtent à des refus d'admission au séjour venant mettre à mal leurs efforts d'intégration et décourager les équipes éducatives qui les ont accompagnés comme mineurs non accompagnés confiés à l'Aide sociale à l'enfance. Le législateur pourrait reconnaître l'admission au séjour de plein droit des mineurs non accompagnés à leur majorité. Une carte de séjour temporaire mention « Vie privée et familiale » devrait leur être délivrée quel que soit l'âge auquel ils ont été pris en charge par l'Aide sociale à l'enfance et quels que soient leurs liens avec leur famille dans leur pays d'origine.