

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR  
DES DROITS**

*Le droit en action*



[defenseurdesdroits.fr](http://defenseurdesdroits.fr)

**LES**

**DROITS FONDAMENTAUX**

**DES ÉTRANGERS**

**EN FRANCE**

MAI 2016

# TABLE DES MATIÈRES

<b>I.</b>	
<b>ENTRÉE, SÉJOUR, ÉLOIGNEMENT :</b>	
<b>DES FONCTIONS RÉGALIENNES DE L'ÉTAT</b>	
<b>À EXERCER DANS LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX</b>	
<b>DES ÉTRANGERS</b>	<b>10</b>
<b>I. Le contrôle de l'entrée</b>	
<b>des étrangers sur le territoire</b>	<b>10</b>
<b>A. Les limites à la délivrance discrétionnaire des</b>	
<b>visas</b>	<b>10</b>
1. Des atteintes aux droits constatées dans la délivrance	
des visas court séjour	11
2. Des atteintes aux droits constatées dans la délivrance	
des visas long séjour	17
3. La politique des visas, notamment à l'égard des Syriens,	
à l'épreuve du droit à une protection internationale	24
<b>B. Le refoulement aux frontières difficilement subordonné</b>	
<b>au respect des droits fondamentaux</b>	<b>27</b>
1. Une frontière externalisée au mépris des droits	27
2. Le maintien en zone d'attente, source de privation	
des droits	36
<b>II. Le droit au séjour des étrangers</b>	<b>39</b>
<b>A. Une précarisation du droit au séjour comportant</b>	
<b>des atteintes aux droits fondamentaux des étrangers</b>	<b>39</b>
1. Une précarisation organisée par les textes...	39
2. ... et entretenue par les défaillances constatées	
en préfecture	44
<b>B. Des catégories d'étrangers particulièrement affectées</b>	
<b>par la précarité du droit au séjour</b>	<b>57</b>
1. Les mineurs isolés devenus majeurs	57
2. Les personnes malades	60
3. Les personnes victimes de violences	69
4. Les détenus	74
5. Les travailleurs migrants	76

<b>III. L'éloignement des étrangers</b>	<b>95</b>
<b>A. Des mesures d'éloignement au bien-fondé contestable</b>	<b>95</b>
1. Des entorses à l'interdiction d'éloigner les étrangers protégés par la loi	96
2. La difficile conciliation de l'éloignement des parents d'enfants mineurs avec le droit au respect de la vie privée et familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant	103
3. Un élargissement des possibilités de recours aux interdictions de retour sur le territoire français outrepassant le cadre fixé par le droit européen	105
<b>B. Des mesures d'éloignement exécutées au mépris de certains droits fondamentaux</b>	<b>107</b>
1. Atteintes dans le cadre des interpellations	107
2. Atteintes dans le cadre de la rétention	110
3. Atteintes lors de la mise en œuvre des éloignements forcés par voie aérienne	130
4. Reconduites exécutées en méconnaissance des formalités requises en matière de laissez-passer	136

## II.

## **DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTRANGERS PRÉSENTS SUR LE TERRITOIRE : UNE ÉGALITÉ DE TRAITEMENT AVEC LES NATIONAUX SOUMISE À RUDE ÉPREUVE**

159

### **I. Les droits civils et politiques**

159

#### **A. La liberté d'aller et venir**

159

1. Pratiques illégales visant à éloigner des personnes de leur lieu de vie 160
2. Contrôle de l'identité et du séjour, un ciblage des étrangers 162

#### **B. L'accès à la justice**

174

1. Accès au juge des plus démunis : des entraves résultant de difficultés à obtenir l'aide juridictionnelle 176
2. Droit à un recours effectif : une exclusion du droit commun préjudiciable aux étrangers présents outremer 179

#### **C. Le droit au mariage**

184

1. Contrôle des mariages blancs et gris 184
2. Mariage homosexuel des étrangers de certaines nationalités 186

### **II. Les droits économiques et sociaux**

187

#### **A. Le droit à la protection de la santé**

187

1. Les étrangers en situation irrégulière : derniers exclus d'un système d'assurance maladie toujours plus inclusif. 189
2. Les étrangers en situation régulière : un accès à l'Assurance maladie fragilisé par la récente réforme PUMa 197
3. Les étrangers, un public particulièrement exposé au risque de refus de soins 200

#### **B. Le droit au logement et à l'hébergement d'urgence**

206

1. Les tentatives de restriction de l'accès au logement, sources potentielles de discriminations... 208
1. ...dans le contexte d'une remise en cause du droit à l'hébergement d'urgence 211
2. Demandeurs d'asile : des entraves à l'accès aux conditions matérielles d'accueil 214

<b>C. Le droit à une protection sociale</b>	<b>219</b>
1. Des discriminations résultant des conditions spécialement imposées aux étrangers	220
2. Des exclusions résultant d'une application restrictive des règles de droit commun	228
<b>D. Le droit au travail</b>	<b>232</b>
1. Restrictions à l'emploi des étrangers sollicitant le droit de travailler en France : la notion fluctuante de métiers en tension	234
2. Restrictions à l'emploi des étrangers déjà autorisés à travailler en France	237
3. Restrictions à l'emploi d'étrangers particulièrement vulnérables : les demandeurs d'asile	243
<b>E. Le droit au compte</b>	<b>250</b>
1. Le droit à l'ouverture d'un compte conditionné à la vérification de l'identité et non du séjour	251
2. Le droit à l'utilisation du compte au regard de l'exigence de documents en cours de validité	253
<b>III. Les droits spécifiques des mineurs</b>	<b>254</b>
<b>A. Le droit des mineurs non accompagnés à une protection</b>	<b>255</b>
1. Les préalables à la prise en charge des mineurs non accompagnés.	256
2. Une qualité de prise en charge très variable	268
<b>B. Minorité et extranéité, deux facteurs d'entrave à l'exercice des droits fondamentaux</b>	<b>272</b>
1. Droit à la protection de la santé	272
2. Droit à la protection au titre de l'asile	275
3. Accès à l'emploi et à l'éducation professionnelle des mineurs non accompagnés	277
4. Droit à l'éducation et à la scolarisation des enfants étrangers, isolés ou non	280

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les différentes lois relatives aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers ayant succédé à l'ordonnance du 2 novembre 1945 ont, à de rares exceptions près, conduit à une régression de la situation des étrangers, les textes les plus favorables ne revenant jamais complètement sur la situation prévue par la législation antérieure. Ce faisant, elles ont renforcé la banalisation, dans les esprits et dans le droit, du traitement différencié des individus à raison de leur nationalité.

A tel point qu'aujourd'hui, l'idée de traiter différemment les personnes n'ayant pas la nationalité française, de leur accorder moins de droits que les nationaux – et toujours sous une forme conditionnée, plus précaire – est si usuelle et convenue qu'elle laisserait croire que la question de la légitimité d'une telle distinction est dépourvue de toute utilité et de toute intérêt.

Le Défenseur des droits considère que cette apparente unanimité fait fausse route. L'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, ne déclare-t-il pas en effet que « tous les *Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* », ces droits – inaliénables et sacrés – leur étant accordés en raison de leur condition d'être humain, sans prise en compte aucune de l'origine nationale ? Ces droits sont universels.

Le Défenseur estime en effet que le respect des droits des étrangers est un marqueur essentiel du degré de protection et d'effectivité des droits et libertés dans un pays. Il entend, dans ce rapport, relever l'ensemble des obstacles qui se dressent à l'accès des étrangers aux droits fondamentaux en France et mesurer l'écart entre les droits proclamés et les droits effectivement exercés<sup>1</sup>. Or, ces obstacles ne sont pas seulement liés à des pratiques dépourvues de base légale. C'est dans la règle de droit elle-même qu'une tension forte existe entre la proclamation et la réalisation d'un « *principe universaliste d'égalité* », qui conduit à supprimer les différences de traitements illégitimes, et d'un « *principe réaliste de souveraineté étatique* » qui conduit à créer et développer des régimes juridiques et un accès aux droits différents fondé sur la nationalité<sup>2</sup>.

Au terme d'un travail de recensement des actions juridiques que le Défenseur a mené à la suite du Médiateur de la République, de la Défenseure des enfants, de la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) et de la Haute autorité de lutte contre les dis-

criminations et pour l'égalité (Halde) dont il a repris les missions et les compétences, l'approche générale de ce rapport s'oriente de la manière suivante :

En matière d'entrée, de séjour et d'éloignement, le droit positif autorise les différences de traitement fondées sur la catégorie juridique « étranger ». Dans ces domaines, le pouvoir discrétionnaire de l'Etat est important. Il n'est toutefois pas sans limite et ne saurait en aucun cas être discriminatoire. Sans même avoir à se prononcer sur le caractère fondé ou non d'une telle acceptation par le droit, le Défenseur se doit toutefois de rappeler que, même dans un domaine aussi régalien, le respect des droits fondamentaux doit être garanti (Première partie).

S'agissant de la plupart des autres domaines (protection sociale, protection de l'enfance, santé, logement, hébergement), le droit, au terme d'une mutation importante, ne légitime plus cette différence de traitement et, à de rares exceptions près – certes notables en matière d'emploi –, l'interdit. Au-delà des pratiques illégales qui contreviennent à cette interdiction, comme les refus de scolarisation ou d'accès aux soins par exemple, la loi est susceptible d'instaurer des critères autres que la nationalité, apparemment neutres, mais qui deviennent pourtant de nouvelles entraves à l'accès aux droits fondamentaux des seuls étrangers (Deuxième partie).

Loin d'être naturelles et immuables, les règles de droit dédiées aux étrangers ou encore celles s'appliquant principalement à eux – qu'il s'agisse de l'étranger présent sur le territoire français depuis peu ou au contraire de celui dont la présence est ancienne – sont autant de choix opérés par le législateur et le pouvoir réglementaire qui reposent parfois sur des considérations subjectives, fluctuantes, empreintes de protectionnisme, voire de xénophobie. C'est dans ce contexte que se développent des idées préconçues, des mythes, fréquemment alimentés par la peur lorsque l'on évoque les étrangers, dont il est du devoir des acteurs de la défense des droits de contribuer à déconstruire.

Au titre de ces présupposés, la forte présence d'étrangers en France, y compris en situation régulière et durablement installés, serait de nature à remettre en cause « l'identité nationale ». Dès lors, la finalité des règles de droit s'appliquant aux étrangers devrait être irrémédiablement celle de la « maîtrise de l'immigration »<sup>3</sup> ou, au mieux, celle *du droit* des étrangers<sup>4</sup>, marqueur d'un régime juridique distinct, et non celle *des droits* des étrangers. Or, l'immigration est un fait social consubstantiel à la construction de la France et d'une partie de l'Europe. Aucune période de l'histoire de l'immigration, aussi intense soit-elle, n'a modifié le socle des valeurs républicaines communes.

Ni le million de rapatriés et harkis au début des années 60, pas plus que tous les Portugais, Espagnols, Italiens, Algériens, Marocains, Tunisiens, venus – pour travailler – dans les années 60 et 70. Ni les immigrés sub-sahariens que l'indépendance des Etats africains a conduits en Europe. Ni enfin les près de 200 000 « boat people » au début des années 70 et ce, alors que la situation économique de la France commençait à se dégrader, que le gouvernement avait suspendu l'immigration de travailleurs et que la « maîtrise des flux migratoires » était déjà devenue la préoccupation majeure des pouvoirs publics.

Parmi ces « idées reçues », on trouve celle selon laquelle une politique à l'égard des étrangers pleinement respectueuse des droits fondamentaux provoquerait un « appel d'air » favorisant une immigration massive ou serait particulièrement coûteuse. Outre les situations de renoncement aux soins dont ils sont coutumiers<sup>5</sup>, les étrangers sont particulièrement exposés au non-recours aux prestations sociales, en ce qu'ils appartiennent aux franges les plus fragiles du salariat, aux catégories les plus précaires et les moins susceptibles de se repérer dans les méandres de l'administration<sup>6</sup>. Le non recours à ces prestations est un signal du fait qu'un système de protection sociale jugé « généreux » à l'égard des étrangers n'est pas une source d'attractivité et un motif d'immigration.

Enfin, au nombre des allégations susceptibles d'orienter les choix politique et juridique à l'égard des étrangers, il y a celle de l'opportunité d'opérer un tri entre les « bons » étrangers et les « mauvais », entre ceux que la France choisirait d'accueillir, notamment en raison de leur haut potentiel économique et ceux dont elle subirait la présence, contrainte d'assumer une immigration familiale imposée par des règles supranationales. Or, du tri opéré découlent des droits différents au séjour, à la protection sociale et au travail.

Véhicules des idées et des stéréotypes, les mots utilisés ne sont pas neutres et sans conséquence. Migrants, réfugiés, clandestins, sans papiers, immigrés, exilés sont autant de mots rarement utilisés de manière indifférente. Si l'objet de ce rapport est d'évoquer les « étrangers » pour décrire la catégorie juridique des individus qui n'ont pas la nationalité française, le Défenseur peut être amené à utiliser le mot « migrant » pour décrire le sort des personnes, sujet de droits dans un processus d'immigration, de déplacement. Ce terme a longtemps été vu comme le plus neutre, au regard notamment de celui de « clandestin », particulièrement utilisé par des mouvements anti-immigration. Il a néanmoins, depuis une période récente, tendance à être utilisé, en particulier dans l'expression inappropriée de « crise des migrants », pour disqualifier les personnes, leur dénier un droit à la protection en les assimilant à des migrants « économiques », dont l'objectif migra-



toire serait utilitariste et, partant, moins légitime que celui lié à la fuite de la guerre ou des persécutions, opéré par le réfugié. Ainsi, malgré les bonnes intentions tendant à souligner le contexte dans lequel ces personnes ont fui leur pays, l'appellation de « réfugié » parfois préconisée pour décrire les auteurs des mouvements migratoires, est à double tranchant en ce qu'elle peut inciter à distinguer, une fois de plus, les « bons » réfugiés, ceux qui pourraient prétendre à une protection au titre de l'asile, des « mauvais » migrants dits économiques, ce qui n'a pas de sens.

Cette distinction conduit à jeter le discrédit et la suspicion sur les exilés dont on cherche à déterminer si leur choix d'atteindre l'Europe est noble, « moral » et pas simplement utilitaire. Avec, à la clé, le risque de priver de protection les personnes en droit d'en bénéficier. Or, cette logique de suspicion irrigue l'ensemble du droit français applicable aux étrangers – arrivés récemment comme présents durablement – et va jusqu'à « contaminer » des droits aussi fondamentaux que ceux de la protection de l'enfance ou de la santé. Ainsi qu'il va être démontré tout au long de ce rapport, le fait que le droit et les pratiques perçoivent les individus comme « étrangers » avant de les considérer pour ce qu'ils sont, enfants, malades, travailleurs ou usagers du service public, conduit à affaiblir sensiblement leur accès aux droits fondamentaux.

## I.

## ENTRÉE, SÉJOUR, ÉLOIGNEMENT : DES FONCTIONS RÉGALIENNES DE L'ÉTAT À EXERCER DANS LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTRANGERS

### I. LE CONTRÔLE DE L'ENTRÉE DES ÉTRANGERS SUR LE TERRITOIRE

#### A. LES LIMITES À LA DÉLIVRANCE DISCRÉTIONNAIRE DES VISAS

Pour entrer sur le territoire français, les étrangers doivent être en possession d'un visa. Toutefois, ce principe connaît des exceptions. En premier lieu, il ne s'applique pas aux ressortissants de l'Union européenne et de l'Espace économique européen, ni aux ressortissants bénéficiant de conventions internationales liant leur pays et la France. En second lieu, et bien que la force de cette exemption tende à être atténuée par le développement d'une jurisprudence restrictive [voir *infra*, PI-I-A-3], les demandeurs d'asile n'ont pas à justifier d'un visa pour accéder au territoire français.

Rattachée au pouvoir régalien des États de déterminer souverainement les conditions d'entrée et de séjour sur leur territoire, la délivrance des visas est une compétence éminemment discrétionnaire. Toutefois, la large marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière est aujourd'hui encadrée à un double niveau : par le droit de l'Union européenne d'abord, et par les normes internationales en matière de droits fondamentaux ensuite.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la politique des visas est en effet une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres. En 2009, l'établissement d'un code communautaire des visas<sup>7</sup>, dit « Code des visas », est ainsi venu consacrer une compétence exclusivement européenne dans le domaine des visas de court séjour. Trois catégories de visas européens existent désormais : le visa uniforme pour le séjour ou le transit, le visa de transit aéroportuaire (VTA) et le visa à validité territoriale limitée. Toutefois, le respect de des normes édictées par le Convention EDH impose certaines limites à la délivrance discrétionnaire des visas de court séjour (1).

En revanche, le domaine des visas de long séjour relève toujours principalement de la compétence des Etats membres. Plusieurs articles du CESEDA y sont consacrés. C'est dans ce dernier domaine que les limitations imposées à l'appréciation discrétionnaire des Etats par les conventions internationales protégeant les droits fondamentaux – notamment la Convention EDH ou la CDE – s'avèrent les plus prégnantes, puisque ces visas, dits d'installation, sont majoritairement sollicités pour des motifs familiaux (2). Par ailleurs, il y a lieu de souligner tout particulièrement, dans le contexte actuel, que la politique française des visas, notamment à l'égard des Syriens, est susceptible de se heurter au droit conventionnellement protégé à bénéficier d'une protection internationale (3).

## **1. Des atteintes aux droits constatées dans la délivrance des visas court séjour**

De l'examen des réclamations portées à sa connaissance, le Défenseur des droits constate que les refus de visas de court séjour sont susceptibles de porter atteinte au droit de mener une vie familiale normale (a) et d'interférer dans la vie professionnelle des étrangers (b).

### **a. Refus de visas portant atteinte au droit à la vie privée et familiale**

Le code communautaire des visas<sup>8</sup> énumère les hypothèses dans lesquelles les autorités consulaires peuvent refuser la délivrance d'un visa de court séjour Schengen parmi lesquelles l'existence de doutes raisonnables quant à la volonté du demandeur de quitter le territoire de l'Etat membre avant l'expiration du visa, autrement dit, si l'étranger représente un « risque migratoire ».

Dans un arrêt du 19 décembre 2013<sup>9</sup>, la CJUE a considéré que la liste de refus posée par le code des visas avait un caractère exhaustif. Elle estime, en outre, que les Etats n'ont pas à acquérir de certitude quant à la volonté du demandeur de quitter, ou non, le territoire de l'Etat membre avant l'expiration du visa demandé, mais que l'évaluation de l'existence de tels doutes repose sur des éléments complexes réservant une marge d'appréciation importante aux autorités compétentes.

Le Défenseur des droits s'inquiète de ce qu'un tel motif de refus puisse être opposé de façon trop systématique, notamment lorsque ces décisions portent atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale tel que protégé par l'article 8 de la Convention EDH.

Le Défenseur est, par exemple, saisi de façon récurrente de refus de visas opposés sur le motif du « risque migratoire » à des parents de Français souhaitant rendre visite à leurs enfants et petits-enfants français. Or, si l'administration consulaire dispose d'une importante

marge d'appréciation s'agissant de l'évaluation d'un tel risque, cela ne la dispense pas de prendre en compte, dans l'examen de la demande de visa, le respect des droits fondamentaux des étrangers, en particulier leur droit au respect de la vie privée et familiale. Le Conseil d'Etat, saisi en référé, a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises<sup>10</sup>.

**C'est pourquoi le Défenseur des droits recommande aux ministres des Affaires étrangères et de l'Intérieur d'émettre des instructions en vue de guider les autorités consulaires dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Ces instructions viseraient à :**

- **rappeler la nécessité de tenir compte de l'impact de leur décision sur le droit à la vie privée et familiale des demandeurs et de la situation particulière des demandeurs (membres de famille de Français, âge et état de santé) ;**
- **demander de procéder à un examen bienveillant des demandes de visas de court séjour présentées pour visite familiale ou privée dès lors que les demandeurs remplissent les conditions fixées par le code communautaire des visas, surtout lorsqu'il apparaît qu'un refus porterait une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie privée et familiale ;**
- **préciser les cas où pourrait être retenue l'existence de doutes raisonnables sur la volonté du demandeur de quitter le territoire avant l'expiration du visa demandé. Compte tenu de la large marge d'appréciation laissée aux Etats s'agissant de l'évaluation de l'existence de tels doutes, cette précision ne contreviendrait pas aux dispositions du droit de l'Union européenne et à l'objectif d'instruction uniforme poursuivi par le code des visas.**

#### **b. Refus de visas ayant des conséquences sur la vie professionnelle**

Le Défenseur des droits relève des difficultés quant à l'accès à une information claire des ressortissants de pays tiers se rendant sur le territoire français pour un court séjour pour raisons professionnelles.

Il a ainsi été saisi par une association à la suite de refus de visas opposés à une troupe d'artistes se produisant dans différentes structures, notamment publiques, en raison d'un risque de détournement de l'objet du visa et de l'absence de garanties financières suffisantes concernant la rémunération desdits artistes. La Direction régionale des affaires culturelles (DRAC) avait pourtant validé le dossier prévoyant les modalités matérielles de cet échange artistique et en avait informé les autorités consulaires.

Il est néanmoins ressorti de l'instruction diligentée par le Défenseur que les demandeurs se produisant dans le cadre d'un séjour d'échanges artistiques devaient présenter un contrat de travail visé par la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE), afin d'obtenir une autorisation provisoire de travail ou, le cas échéant, une attestation de dispense de ce même organisme. Or, les demandeurs l'ignoraient, ce qui, au vu d'éléments d'informations portés à la connaissance du Défenseur, ne semble pas être un cas isolé.

**Le Défenseur des droits estime ainsi opportun de recommander aux ministères des Affaires étrangères et de l'Intérieur, ministères de tutelle, de prendre les dispositions propres à assurer la délivrance d'une information claire aux demandeurs de visas de court séjour pour raisons professionnelles en indiquant s'il y a lieu pour l'employeur de solliciter une autorisation de travail auprès de la DIRECCTE et, selon les cas, en rappelant l'obligation de présenter un contrat de travail visé par la DIRECCTE ou une attestation de dispense émanant de ce même organisme, en particulier dans le cadre d'échanges artistiques.**

### **c. Demandes illégales et discriminatoires formulées pour la délivrance des attestations d'accueil**

Tout étranger qui déclare vouloir séjourner en France pour une durée n'excédant pas trois mois dans le cadre d'une visite familiale ou privée doit présenter un justificatif d'hébergement. Cette attestation d'accueil, signée par la personne qui se propose d'assurer le logement de l'étranger et validée par le maire de la commune, est prévue par la Convention Schengen du 19 juin 1990. Les conditions de sa souscription et de sa validation sont quant à elles prévues par le CESEDA.

Dans l'hypothèse où l'étranger accueilli ne pourrait pas personnellement à ses frais de séjour en France, l'attestation d'accueil est accompagnée de l'engagement de l'hébergeant de les prendre en charge, pendant toute la durée de validité du visa ou pendant une durée de trois mois à compter de l'entrée de l'étranger sur le territoire des Etats parties à la Convention<sup>11</sup>.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les pièces qui doivent accompagner l'attestation pour être validée par le maire : un justificatif d'identité de l'hébergeant<sup>12</sup>, un document prouvant sa qualité de propriétaire, de locataire ou d'occupant du logement dans lequel il compte héberger le ou les visiteurs, tout document permettant d'apprécier ses ressources (bulletins de salaires, avis d'imposition etc.) et sa capacité d'héberger l'étranger accueilli dans un logement décent (superficie,

sécurité, salubrité, confort) et son engagement à prendre en charge financièrement l'étranger s'il est défaillant<sup>13</sup>.

Saisis de difficultés découlant de cette exigence, les services du Défenseur des droits ont constaté que les listes de pièces requises et les conditions fixées par les mairies concernées étaient contraires aux dispositions du CESEDA en ce qu'elles ajoutaient des conditions non prévues par les textes pour la délivrance d'une attestation d'accueil, comme l'exigence de la part de l'hébergeant d'un minimum de ressources équivalent au SMIC, la non prise en compte du RSA et des prestations familiales dans la comptabilisation des ressources, la production d'une attestation d'assurance maladie couvrant l'étranger hébergé, la production de pièces relatives à l'identité et au domicile de l'hébergé.

A l'issue d'une instruction contradictoire, le Défenseur des droits s'est prononcé, dans une décision n° [MLD-2015-310](#), sur le caractère illégal et discriminatoire de telles pratiques. Il recommandait au Préfet, en sa qualité d'autorité de tutelle des mairies concernées, d'établir une liste des pièces exigées commune et conforme aux textes législatifs et réglementaires. Cette instruction a d'ores et déjà conduit le Préfet et les mairies à modifier certaines de leurs pratiques pour se mettre en conformité avec le droit applicable. Conscient que les pratiques portées à sa connaissance pourraient ne pas être isolées, **le Défenseur des droits formule les observations suivantes relatives aux pièces susceptibles d'être demandées à la personne sollicitant la délivrance d'une attestation d'accueil.**

#### *i. Conditions imposées à l'hébergeant*

##### **Sur ses ressources :**

En premier lieu, le Défenseur des droits rappelle que le contrôle des ressources de l'hébergeant présente un **caractère subsidiaire** : si l'étranger dispose de ressources suffisantes, aucune demande ne doit être faite à l'hébergeant sur ce point (article 5 du Règlement européen du 13 juillet 2009).

La rédaction de l'article L.211-4 du CESEDA va dans ce même sens : « [l'attestation d'hébergement] est accompagnée de **l'engagement de l'hébergeant de prendre en charge pendant toute la durée de validité du visa (...), et au cas où l'étranger accueilli n'y pourrait pas, les frais de séjour en France de celui-ci, limités au montant des ressources exigées de la part de l'étranger pour son entrée sur le territoire en l'absence d'une attestation d'accueil** ».

C'est d'ailleurs aussi la formulation qui est reprise par la circulaire du 23 novembre 2004, point 3-4-4. Seul le décret d'application de la loi<sup>14</sup> semble faire de cet engagement une condition exigée quelles

que soient les ressources de l'étranger hébergé (article R.211-11 du CESEDA). Sur ce fondement, le formulaire prévu (cerfa n° 10798\*03) oblige l'hébergeant à s'engager sur ses ressources. Rien n'indique, là non plus, le caractère subsidiaire de la prise en charge financière de l'hébergé.

Ainsi, exiger de l'hébergeant qu'il se porte systématiquement garant de la personne qu'il reçoit, indépendamment de la prise en compte des ressources du visiteur et alors que ce dernier est déjà tenu de souscrire une assurance, semble contraire à la loi et excessif au regard du droit au respect de la vie privée et familiale.

En second lieu, il convient de rappeler que, dans le cadre d'une demande d'attestation d'accueil, l'hébergeant n'a pas l'obligation de justifier d'un **minimum de ressources** mais seulement celle de pouvoir prendre en charge les frais de séjour de la personne accueillie, limités au montant des ressources exigées de la part de l'étranger pour son entrée sur le territoire, en l'absence d'une attestation d'accueil<sup>15</sup>, ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel<sup>16</sup>. Les « *frais de séjour limités* », aux termes des dispositions législatives du CESEDA, rappellent l'article 5 du Règlement européen précité, lequel évoque des « *ressources suffisantes* ». Les dispositions réglementaires étant muettes sur ce point, seule la circulaire du 23 novembre 2004 définit ce niveau de ressources en le faisant correspondre au SMIC journalier.

En fixant un tel niveau de ressources, la circulaire, tout comme le formulaire cerfa n° 10798\*03, outrepassent le cadre de la loi.

### ***Sur l'exclusion des prestations sociales des ressources prises en compte :***

Le Défenseur des droits souligne que la pratique développée par certaines mairies consistant à exclure les prestations sociales des ressources prises en compte n'est pas expressément prévue par le CESEDA, contrairement à ce qui est prévu pour les demandes de regroupement familial<sup>17</sup> ou de carte de résident<sup>18</sup>.

Il estime que cette pratique illégale a notamment pour effet d'exclure les personnes bénéficiaires de l'allocation adulte handicapé (AAH) de la possibilité de solliciter en qualité d'hébergeant une attestation d'accueil et peut constituer une discrimination en raison du handicap, contraire aux articles 8 et 14 de la Convention EDH ainsi qu'aux articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi du 27 mai 2008<sup>19</sup>. En effet, la possibilité pour l'hébergeant de solliciter une attestation d'accueil pour permettre à ses proches de se rendre en France pour une visite familiale ou privée relève du champ d'application des stipulations de l'article 8 de la Convention EDH.

A cet égard, le Défenseur des droits a considéré à de nombreuses reprises que le refus de prise en compte de l'AAH dans le calcul de la condition de ressources était discriminatoire (Halde n° [2006-285](#), n° [2006-286](#), n° [2008-13](#), et Défenseur des droits, n° [MLD-2014-164](#)).

### **Sur la production d'une attestation d'assurance :**

Certaines mairies sollicitent la production d'une attestation d'assurance au moment de la demande d'attestation d'accueil. Pourtant, en application du CESEDA<sup>20</sup>, l'hébergeant a uniquement l'obligation de déclarer, dans le formulaire dédié, si cette assurance sera souscrite par lui ou la personne accueillie.

### **ii. Conditions pesant sur l'étranger accueilli**

Certaines mairies imposent à l'hébergeant de fournir des pièces relatives à la personne accueillie, liées par exemple à son identité ou à son domicile.

Or, la circulaire du 23 novembre 2004, point 3-4-4, est très claire sur ce point : « *L'hébergeant n'est tenu de produire des pièces justificatives que s'agissant de sa propre identité, de son logement, de ses ressources (...), les renseignements fournis sur l'étranger accueilli relevant en revanche d'un régime déclaratif, sans qu'il soit besoin de solliciter la production de pièces justificatives. La vérification de l'identité de l'hébergé et des justificatifs requis pour obtenir un visa et pour pénétrer sur le territoire relève de la compétence des autorités consulaires et de contrôles aux frontières* ».

En effectuant un contrôle de ces pièces, les mairies outrepassent donc leur mission.

**Il résulte de ce qui précède que, saisi de nombreuses réclamations relatives au refus de visas court séjour, le Défenseur des droits recommande :**

- **au ministre de l'Intérieur de rappeler à ses services déconcentrés de veiller à la bonne application du droit concernant les pièces exigées des administrés en vue de la délivrance d'une attestation d'accueil, au bénéfice d'un ressortissant de pays tiers, établie dans le cadre de sa demande de visa de court séjour.**
- **au ministre de l'Intérieur et au ministre des Affaires étrangères, de modifier les dispositions réglementaires de l'article R.211-11 du CESEDA relatives aux pièces exigibles de l'hébergeant pour dissiper toute ambiguïté sur le caractère subsidiaire du contrôle des ressources de l'hébergeant ;**



- **au ministre de l'Intérieur et au ministre des Affaires étrangères, de modifier la circulaire du 23 novembre 2004 :**
  - **en ce qu'elle ne devrait plus fixer de montant minimum de ressources exigibles, cette exigence étant contraire à la loi et au droit communautaire ;**
  - **en ce qu'elle devrait prendre en compte, dans la détermination des ressources, les prestations sociales, notamment l'AAH.**

## **2. Des atteintes aux droits constatées dans la délivrance des visas long séjour**

L'objectif poursuivi par les visas de long séjour (VLS) étant l'installation durable de l'étranger sur le territoire français, l'appréciation des autorités diplomatiques et consulaires est également très étendue, s'agissant du pouvoir régalién de l'Etat de décider qui entre et séjourne sur son territoire. Dans certains cas, bien délimités et expressément prévus par les textes, le législateur habilite ainsi ces autorités à se prononcer sur l'intérêt du projet migratoire du demandeur : elles examinent par exemple la viabilité économique ou la faisabilité du projet nécessaires à la délivrance des cartes « commerçant » ou « compétences et talents » en même temps qu'elles statuent sur la demande de visa<sup>21</sup>.

Toutefois, dans certains cas déterminés par la loi ou identifiés par la jurisprudence, la marge d'appréciation dont elles disposent se trouve réduite. Tels sont les cas des visas délivrés aux personnes ayant des liens particuliers avec la France ou aux réfugiés (a). Le Défenseur des droits se trouve régulièrement saisi de cas de refus de visas opposés à ces personnes. Ces réclamations, dans la mesure où elles mettent en cause le droit constitutionnellement et conventionnellement protégé des réclamants à mener une vie familiale normale ou l'intérêt supérieur de l'enfant, font l'objet d'une attention toute particulière. Le Défenseur des droits s'attache à veiller au respect des obligations procédurales renforcées qui prévalent (b) tout en s'assurant que les autorités compétentes en matière de délivrance de ces visas examinent sur le fond la situation des demandeurs au regard du respect de leurs droits fondamentaux (c).

### **a. Une marge d'appréciation réduite des autorités diplomatiques et consulaires pour plusieurs catégories d'étrangers**

#### ***Membres de famille pour lesquels le regroupement familial a été autorisé***

Pour mémoire, la procédure de regroupement familial se déroule en deux temps. Le demandeur introduit d'abord une demande auprès

de l'autorité préfectorale au bénéfice des membres de famille rejoignant – le conjoint, les enfants mineurs. Une fois le regroupement familial autorisé par le préfet, la demande de visa du bénéficiaire est alors instruite par le consulat de France compétent qui ne peut refuser le visa qu'en se fondant sur des motifs d'ordre public<sup>22</sup>.

Parmi les motifs d'ordre public, figure l'absence de caractère probant des actes d'état-civil produits, étant précisé qu'il revient alors à l'administration, si elle allègue de tels motifs, « *d'établir la fraude de nature à justifier légalement le refus de visa* »<sup>23</sup>.

### **Membres de famille de ressortissants français**

Les **conjointes de Français** sont également, en principe, une catégorie d'étrangers pour lesquels les autorités ne peuvent que très rarement refuser le visa long séjour. Le CESEDA<sup>24</sup> dispose, qu'outre le cas où le demandeur ne justifie pas, le cas échéant, de sa participation à la formation aux valeurs de la République, le visa long séjour ne peut être refusé qu'en cas de fraude, d'annulation du mariage ou de menace à l'ordre public.

Le Défenseur des droits est néanmoins assez souvent saisi de tels refus de visas, fondés sur l'absence de maintien des liens matrimoniaux ou le caractère complaisant du mariage qui serait contracté dans le seul but de faciliter l'établissement en France du demandeur. Dans une récente affaire où l'intention matrimoniale était ainsi mise en cause, le Défenseur a fait le choix, par la décision n° [MSP-2015-153](#), de présenter des observations devant la Cour administrative d'appel de Nantes laquelle a, par arrêt du 15 janvier 2016<sup>25</sup>, annulé la décision implicite de rejet en estimant qu'aucun de ces éléments ne pouvait être retenu dans le cas d'espèce. Malgré l'issue favorable donnée *in fine* à la réclamation, cette affaire illustre la suspicion qui guide l'instruction des visas d'installation des conjointes de Français et que le Défenseur a eu l'occasion de souligner. Les réclamants disposaient en l'occurrence d'un nombre considérable d'éléments de preuve attestant de leur intention matrimoniale et ont dû, dans un contexte juridique de limitation du pouvoir de l'administration, mener une procédure contentieuse de près de 4 ans pour exercer leur droit de mener une vie familiale normale.

Dans le même état d'esprit, les demandes de visas formées par les **parents d'enfants français** sont très encadrées et laissent en principe peu de place à l'exercice discrétionnaire du pouvoir<sup>26</sup>.

Pour mémoire, aux termes des dispositions du 6° de l'article L.313-11 du CESEDA, une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie qui est père ou mère d'un enfant français

mineur résidant en France, à la condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de de celui-ci depuis sa naissance ou depuis au moins deux ans. C'est dans le but de venir vivre en France, au bénéfice de ce titre de séjour, que l'étranger parent de Français forme une demande de visas.

Le Défenseur des droits a été saisi, par le biais de réclamations individuelles, de plusieurs difficultés rencontrées par ces parents. Ces difficultés concernent, d'une part, la condition de résidence en France de l'enfant et, d'autre part, l'établissement de la preuve de la participation à l'entretien et l'éducation de l'enfant par le parent étranger.

**La condition de résidence en France fixée par le CESEDA** est problématique puisque l'enfant français ne réside pas toujours en France au moment de la demande de visa. Les cas soumis à l'examen du Défenseur des droits ont pu concerner un couple non marié résidant à l'étranger et souhaitant venir s'établir en France avec leur enfant français ou encore un conjoint étranger séparé de son conjoint français souhaitant venir s'établir en France avec leur enfant français, ne serait-ce que pour pouvoir permettre au conjoint français d'exercer son autorité parentale.

Même si le CESEDA n'évoque que la situation dans laquelle l'enfant réside en France, le Conseil d'Etat a considéré en 2009<sup>27</sup> qu'un visa de long séjour ne pouvait être refusé, sans méconnaître le droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention EDH aux motifs que l'enfant ne résiderait pas en France et qu'aucun lien matrimonial – mariage ou pacte civil de solidarité – unissait le couple.

Cette décision, tout à fait conforme à l'esprit de la loi et à l'intérêt supérieur de l'enfant, n'en reste pas moins qu'une simple décision juridictionnelle et le silence du 6° de l'article L.313-11 du CESEDA, qui n'envisage que la situation des enfants français *résidant* en France, induit parfois des refus de visas des services consulaires.

**Le Défenseur des droits recommande que le 6° de l'article L.313-11 du CESEDA soit modifié afin de préciser la portée de la décision du Conseil d'Etat du 5 novembre 2009 et que le visa long séjour soit accordé au parent étranger d'enfant français, que ce dernier réside ou non en France préalablement à cette demande. Le ressortissant d'un pays tiers vivant avec son enfant français à l'étranger devrait pouvoir venir sans difficultés résider en France en même temps que son enfant.**

**La preuve de la participation à l'éducation et à l'entretien de l'enfant** est une autre source d'interprétations divergentes de la part des

autorités consulaires et diplomatiques dont peut être saisi le Défenseur des droits.

En 1997, le Conseil constitutionnel<sup>28</sup> a considéré que, pour ne pas porter atteinte au droit de l'étranger de mener une vie familiale normale, devait être regardé comme subvenant effectivement aux besoins de son enfant, le père ou la mère ayant pris les mesures nécessaires, compte tenu de ses ressources, pour assurer l'entretien de celui-ci.

La jurisprudence administrative en a déduit que l'état d'impécuniosité du parent d'enfant français ne faisait pas obstacle à ce qu'il pourvoit effectivement à l'entretien et à l'éducation de son enfant<sup>29</sup>. Dans ce sens, une circulaire du 20 janvier 2004<sup>30</sup> rappelle que chacun des parents doit contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants « à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ». Les préfetures sont ainsi invitées à veiller « à ce que le défaut de ressources ne soit pas un obstacle à l'admission au séjour du demandeur, dès lors que celui-ci établit par tout autre moyen remplir ses obligations légales en matière de surveillance et d'éducation de l'enfant ».

Il résulte de l'ensemble des textes précités que les autorités consulaires ne peuvent procéder, dans le cadre des demandes de visas présentées par un parent d'enfant français à un examen des ressources du couple, dès lors qu'elles doivent seulement contrôler que le parent ressortissant de pays tiers contribue effectivement à l'entretien de l'enfant depuis sa naissance ou depuis au moins deux ans.

Malgré l'arsenal législatif et jurisprudentiel interprétant le droit positif conformément au droit fondamental de mener une vie familiale normale et à l'intérêt supérieur de l'enfant, des pratiques restrictives non isolées perdurent.

**En conséquence, le Défenseur des droits préconise que les ministres de l'Intérieur et des Affaires étrangères rappellent, par voie d'instruction, la portée des décisions du Conseil constitutionnel du 22 avril 1997 et celles de la juridiction administrative précitées afin que :**

- la délivrance d'un visa long séjour à un étranger parent d'enfant français ne soit pas soumise à une condition de ressources du couple mais à la seule condition de participation à l'entretien et l'éducation de l'enfant par le parent étranger ;
- l'état d'impécuniosité du parent étranger ne permette pas de conclure que la condition de participation à l'entretien et l'éducation de l'enfant n'est pas, en tant que telle, respectée.

### ***Membres de famille de réfugiés***

La procédure de réunification familiale permet aux bénéficiaires du statut de réfugié, de la protection subsidiaire et aux apatrides, d'être rejoints par certains membres de leur famille, sans condition tenant à une durée préalable de séjour régulier, de ressources ou de logement, comme cela est exigé en matière de regroupement familial.

Une fois la protection internationale accordée, la demande de visa est instruite par le consulat de France qui ne peut, comme en matière de regroupement familial, refuser sa délivrance qu'en se fondant sur des motifs d'ordre public. Ainsi, en matière de rapprochement familial, si les agents diplomatiques et consulaires ne sont pas autorisés à vérifier l'authenticité des documents établis par l'OFPRA<sup>31</sup>, ils peuvent en revanche s'assurer de la véracité des renseignements produits, l'absence de caractère probant des actes d'état-civil constituant là encore un motif d'ordre public<sup>32</sup>.

Lorsque le Défenseur des droits est saisi de tels refus, il interroge les services consulaires, leur rappelle le droit applicable et informe les réclamants des voies juridiques qui s'offrent à eux pour contester ces décisions.

#### **b. Sur la forme, des obligations procédurales renforcées**

La Cour EDH a précisé la teneur de ces obligations dans quatre arrêts concernant des refus de visas sollicités dans le cadre de procédures de regroupement familial<sup>33</sup> et de réunification familiale<sup>34</sup> : pour que les décisions des autorités consulaires et diplomatiques soient conformes à l'article 8 de la Convention EDH, celles-ci doivent faire preuve d'une souplesse, d'une célérité et d'une effectivité particulières et cela d'autant plus que sont en cause des personnes ayant obtenu le statut de réfugié ou des enfants.

Ces obligations spéciales découlent par ailleurs du droit de l'Union européenne, la directive 2003/86/CE du Conseil de l'Union européenne relative au droit au regroupement familial disposant, en son article 13 : « *Dès que la demande de regroupement familial est acceptée, l'État membre concerné autorise l'entrée du ou des membres de la famille. À cet égard, l'État membre concerné accorde à ces personnes toute facilité pour obtenir les visas exigés* ».

Or, le Défenseur des droits a été saisi de situations qui paraissent peu conformes aux principes européens.

En premier lieu, une pratique développée par certains consulats français consiste à notifier et motiver, à l'aide d'un formulaire type, des refus de visas à l'égard des membres de familles de réfugiés résidant régulièrement en France. Ce formulaire se réfère à une

liste stéréotypée de dix motifs de refus au nombre desquels l'un a particulièrement retenu l'attention du Défenseur : « *le dossier de demande de visa établit la filiation de l'enfant, mais l'autre parent n'étant ni décédé, ni déchu de l'exercice de ses droits parentaux ou du droit de garde, l'intérêt supérieur de l'enfant commande qu'il reste auprès de son autre parent dans son pays d'origine* ».

Un tel motif de refus apparaît illégal, dès lors qu'il n'appartient pas à l'autorité consulaire de déterminer avec lequel de ses parents l'enfant dont la filiation avec une personne reconnue réfugiée en France est établie, doit vivre. Plus généralement, le formulaire type semble contrevenir aux exigences formulées par la Cour EDH.

**En conséquence, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur et au ministre des Affaires étrangères, d'indiquer aux autorités consulaires :**

- de ne pas utiliser de formulaire stéréotypé pour motiver les refus de visas de long séjour des membres de familles de réfugiés ou d'étrangers résidant régulièrement en France, afin qu'une réponse accompagnée d'une motivation circonstanciée et individuelle leur soit apportée en cas de refus ;
- qu'il ne leur appartient pas de se substituer aux choix des parents pour fixer le lieu de résidence de l'enfant dont l'un des parents étrangers vit régulièrement en France.

En second lieu, c'est au stade de la procédure de vérification de l'authenticité des documents que le Défenseur des droits est amené à intervenir.

A cet égard, il remarque que les réclamants rencontrent des difficultés de différents ordres : d'abord pour obtenir des informations sur l'évolution de la procédure de vérification, ensuite pour faire valoir leurs arguments, notamment par la production de documents complémentaires, en vue d'établir l'authenticité des éléments d'état-civil fournis ou le lien de filiation contesté par l'administration et, enfin, pour obtenir une motivation précise des raisons ayant conduit au refus.

**Conformément aux principes dégagés par la Cour EDH dans les arrêts précités, le Défenseur des droits demande aux ministres de l'Intérieur et des Affaires étrangères de rappeler aux autorités consulaires qu'elles doivent :**

- procéder à une information régulière de l'évolution des vérifications en cours ;
- apporter la motivation précise du constat de l'inauthenticité des documents d'état-civil en produisant par exemple le procès-verbal des recherches effectuées par l'agent consulaire habilité ;
- procéder aux vérifications des documents d'état-civil avec

**souplesse, selon la formule que retient la Cour EDH, lorsqu'il s'agit de réfugiés, de personnes mineures ou de personnes ressortissantes de pays où les services d'état civil présentent des carences notoires ;**

- **permettre au demandeur de produire des observations avant qu'un refus définitif de délivrance lui soit opposé.**

### **c. Sur le fond, un examen à réaliser au regard du respect des droits fondamentaux**

La Cour de Strasbourg estime que l'article 8 de la Convention EDH n'implique pas, pour les Etats contractants, une obligation générale de respecter le choix émis par des ressortissants de pays tiers d'établir leur vie familiale sur leur territoire et d'y autoriser le regroupement familial. Toutefois, elle précise que le pouvoir discrétionnaire des Etats en la matière n'est pas absolu, l'étendue de l'obligation leur incombant de respecter le choix du pays de résidence exprimé par les personnes migrantes variant en fonction de la situation particulière de ces personnes et de l'intérêt général<sup>35</sup>. Dans ce contexte, les facteurs à prendre en considération sont l'existence d'une entrave effective à la vie familiale, l'étendue des liens que les personnes concernées ont noués avec l'Etat de résidence, l'existence d'obstacles insurmontables au développement de la vie familiale dans le pays d'origine, l'existence d'éléments touchant au contrôle de l'immigration ou à des considérations d'ordre public et pesant en faveur d'une exclusion<sup>36</sup>.

Le Conseil d'Etat 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 compte les conséquences de ce refus sur la vie familiale du demandeur<sup>37</sup>. A 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<sup>38</sup>.

De plus, lorsque des enfants sont en cause, les autorités nationales doivent, dans leurs considérations, faire primer leur intérêt supérieur conformément à l'article 3-1 de la CDE<sup>39</sup>.

**Lorsque le Défenseur des droits est saisi de tels refus, il interroge les services consulaires, leur rappelle le droit applicable et informe les réclamants des voies juridiques qui s'offrent à eux pour contester ces décisions.**

### 3. La politique des visas, notamment à l'égard des Syriens, à l'épreuve du droit à une protection internationale

La légitimité de la demande de protection internationale des ressortissants syriens est évidente au regard de la situation de guerre que connaît la Syrie et des exactions qui sont commises sur la population civile.

En 2013, la France a rétabli l'exigence de visa de transit aéroportuaire (VTA) pour ces ressortissants, au regard du risque d'afflux massifs de migrants que les traitements vécus sur place pourraient provoquer. Cette décision a été validée par le Conseil d'État en 2014<sup>40</sup> au motif que cette obligation répond « à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, le détournement du transit aux seules fins d'entrée en France », et qu'elle ne porte pas atteinte au droit d'asile.

Peu de temps après, c'est le refus d'une demande de visa formée dans le but de demander l'asile en France, opposée à une famille syrienne, qui a été à son tour, validée par le juge des référés du Conseil d'État au motif que « si le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter en France la qualité de réfugié, les garanties attachées à ce droit fondamental reconnu aux étrangers se trouvant sur le territoire de la République n'emportent aucun droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France »<sup>41</sup>.

Il a ainsi fait application d'une jurisprudence classique fondée sur le caractère souverain de la décision d'accorder ou non un visa puisque « l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire<sup>42</sup> » dès lors qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national<sup>43</sup> ».

Certes, en droit, il n'est pas nécessaire d'avoir obtenu un visa en bon et due forme pour demander l'asile une fois sur le territoire. Dans les faits, la politique des visas menée par la France contraint nombre des intéressés à opter nécessairement pour d'autres moyens de circulation, illégaux et périlleux alors même que le droit de quitter son pays – le droit d'émigrer – constitue un droit fondamental (voir *infra*). Or, ce sont ces mêmes personnes qui, au cours de leur parcours migratoire, et à défaut d'avoir emprunté les voies légales d'arrivée sur le territoire français, vont se retrouver dans une situation de très grande vulnérabilité et souvent contraints de vivre dans des conditions indignes, à Calais ou dans d'autres lieux frontaliers tout aussi précaires.



**Le Défenseur recommande de supprimer, pour les Syriens, l'exigence de VTA rétablie en 2013. Il demande également que les services consulaires soient engagés à procéder à l'examen bienveillant des demandes de visas présentées par ces ressortissants en vue de solliciter l'asile en France.**

## DIFFICULTÉS LIÉES À LA PRIVATISATION PARTIELLE DU TRAITEMENT DES DEMANDES DE VISAS

Conformément à ce qu'autorise le Code des visas<sup>44</sup>, et afin de faire face à la hausse constante des demandes et d'améliorer les conditions d'accueil des demandeurs, la France a décidé de confier à des organismes privés, depuis une dizaine d'années, le traitement de certaines tâches liées à la délivrance des visas. Le point 4 de l'article 43 du code communautaire des visas dispose en revanche que « *l'examen des demandes, les entretiens éventuels, la prise de décision concernant les demandes, ainsi que l'impression et l'apposition des vignettes-visas sont effectués uniquement par le consulat.* »

Soucieuse de garantir l'aspect commun de la politique des visas, la Commission a préconisé un encadrement européen de cette forme d'externalisation à des organismes privés<sup>45</sup>.

De même, l'article 43 du code communautaire des visas précise que lorsque les États membres recourent aux services d'un prestataire de services extérieurs, ils doivent s'assurer du respect par celui-ci des exigences minimales qui doivent être insérées dans l'instrument juridique de coopération. Le code a prévu, à cette fin, une annexe X très utile qui liste ces exigences minimales dont l'objectif est essentiellement de s'assurer du respect de la législation communautaire relative à la protection des données nominatives des étrangers formant des demandes de visa.

Le Défenseur des droits a été saisi à plusieurs reprises de difficultés rencontrées par certains usagers des services consulaires ayant ainsi externalisé ce service. Ces réclamants ne parvenaient pas à faire enregistrer leur dossier auprès du prestataire au motif qu'ils n'auraient pas produit les pièces exigées par les listes préétablies ou bien qu'ils ne justifieraient pas des conditions de fond pour l'obtention du type de visa sollicité.

En réponse au Défenseur qui sollicitait ses observations, le ministre de l'Intérieur a précisé les modalités de la coopération développée entre les autorités administratives et les prestataires de services privés. Les missions des prestataires, sélectionnés selon les règles des pro-

cédures de marchés publics, diffèrent d'un pays à l'autre et peuvent prendre deux formes. Il peut s'agir de la simple prise de rendez-vous, de l'accueil du public et du recueil des dossiers. Dans sa forme la plus large, l'externalisation consiste, en outre, en la collecte de données biométriques, la vérification de l'ensemble des pièces requises et la perception des droits de visas.

Selon le ministre, l'activité des prestataires serait régulièrement vérifiée par les services de l'administration centrale et par des missions d'audit. Les fonctionnaires des consulats se rendraient régulièrement dans les locaux des prestataires afin de vérifier leur travail. Le ministre a également expliqué au Défenseur qu'outre les droits de visas, les demandeurs doivent s'acquitter auprès du prestataire de frais de service que le code communautaire des visas limite à 30 euros. L'encaissement de ces frais ne devrait se faire qu'après dépôt du dossier par le demandeur chez le prestataire. Lorsqu'un dossier est considéré comme incomplet, le demandeur devrait être libre de déposer sa demande en l'état ou de la compléter dans le temps qui lui est imparti.

Le ministre rappelait à cette occasion que le passage par le prestataire ne devrait jamais être obligatoire, les demandeurs de visas restant toujours libres de déposer leur dossier directement au service des visas du poste consulaire. A cet égard, le ministre indiquait au Défenseur que, pour mettre un terme aux difficultés exposées, il avait invité le service consulaire en cause dans les réclamations à modifier les indications figurant sur son site pour faire apparaître que le passage par le prestataire, s'il est encouragé, n'est pas obligatoire.

**Le Défenseur des droits salue cette initiative et recommande que des instructions, tendant à ce que les sites Internet des consulats précisent expressément que le passage par le prestataire, s'il est encouragé, n'est pas obligatoire, soit adressées à l'ensemble des autorités consulaires.**

**Le Défenseur des droits préconise également que le ministre de l'Intérieur prévoit plus précisément dans le contrat de marché public conclu avec les prestataires privés, les modalités de réception des dossiers de demande de visas. Il convient notamment de leur préciser que, lorsqu'un doute sur les pièces requises ou le bien-fondé de la demande de visa a des conséquences sur l'enregistrement du dossier, les prestataires doivent prendre contact avec le consulat ou inviter le demandeur à s'y adresser directement. Les procédures mises en place par les centres de traitements ne doivent jamais conduire, en pratique, à fermer**

**tout accès direct des demandeurs aux services consulaires. Elles doivent interdire que les prestataires privés puissent eux-mêmes prendre une décision de refus de visa, compétence exclusive et discrétionnaire de l'Etat.**

## B. LE REFOULEMENT AUX FRONTIÈRES DIFFICILEMENT SUBORDONNÉ AU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

### 1. Une frontière externalisée au mépris des droits

Le droit pour toute personne de quitter n'importe quel pays, y compris le sien, jouit d'une multiple reconnaissance sur le plan international. Outre l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, non contraignant, ce droit fondamental est consacré à l'article 2-2 du Protocole additionnel n° 4 de la Convention EDH, à l'article 5 de la Convention internationale relative à l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales de 1965 et, enfin, à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

Ce droit doit, par ailleurs, faire l'objet d'une protection renforcée lorsqu'il est exercé par des personnes particulièrement démunies, fuyant les persécutions dont leur pays d'origine est devenu le théâtre. En ce sens, l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés interdit l'expulsion et le refoulement « *de quelque manière que ce soit, d'un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit quant à lui le droit d'asile « *dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés* »

La Cour EDH a appliqué ce principe de non refoulement des réfugiés aux interceptions en mer. Elle a ainsi condamné l'Italie en 2012 pour la reconduite, par ses gardes de côte, de ressortissants somaliens et érythréens à Tripoli, ces derniers ayant été livrés aux autorités libyennes en application d'accords de lutte contre l'immigration clandestine conclus avec ce pays<sup>46</sup>. La Cour s'est fondée – faute d'un examen de la situation individuelle des migrants par les autorités italiennes – sur la violation de l'article 4 du Protocole n° 4 interdisant les expulsions collectives d'étrangers ainsi que de l'article 3 de la Convention consacrant le droit à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants. La prohibition du refoulement vaut donc, selon une juris-

prudence constante de la Cour<sup>47</sup>, à l'égard de toute personne dont les droits intangibles à la vie et à ne pas subir de torture, ni de peines ou traitements inhumains ou dégradants, se trouvent menacés.

Par ailleurs, si les Etats peuvent restreindre l'accès à leur territoire, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 leur interdit, en principe, de procéder au contrôle en haute mer des navires battant pavillon étranger. Plus largement, le droit de la mer – la Convention des Nations Unies comme plusieurs autres instruments internationaux – imposent à tout navire situé à proximité d'une personne en détresse en mer, l'obligation de lui porter secours.

L'effectivité de ce cadre juridique solide visant à protéger les droits intangibles des exilés s'avère sérieusement compromise par la dynamique d'externalisation de la gestion des flux migratoires engagée par l'Union européenne (a), ainsi que par les politiques sécuritaires menées actuellement aux frontières nationales et européennes (b).

### **a. L'externalisation de la gestion des flux migratoires**

Cinq mois après l'accord entre Bruxelles et Ankara de novembre 2015, venant lui-même à la suite de celui d'octobre 2014, le sommet du mois de mars 2016 a tendu une nouvelle fois à convaincre la Turquie de réduire le flux des candidats au départ vers l'Europe en contrepartie d'une relance du processus d'adhésion à l'UE, d'assouplissements dans la délivrance des visas de ses ressortissants et d'une enveloppe de 95 millions d'euros, sur les 3 milliards d'euros promis, destinée à financer une partie des camps de réfugiés dont le nombre s'élève aujourd'hui à 2,7 millions.

Ces accords de réadmission à l'initiative de la Commission européenne ne sont pas nouveaux. Ils tendent à faciliter le rapatriement vers leur pays d'origine des migrants non autorisés à pénétrer sur le territoire. Mais ils autorisent également le rapatriement des ressortissants de pays tiers ayant seulement transité par les pays signataires. Autrement dit, les accords passés ou en voie de l'être entre l'Union européenne et la Turquie permettent aux 28 Etats membres de faire réadmettre sur le territoire turc, non seulement les ressortissants turcs mais aussi tous les ressortissants Syriens, Afghans, Irakiens ou autre ayant transité par cet Etat dans leur tentative d'atteindre l'Union européenne.

Or, ces ressortissants sont de plus en plus nombreux et d'origines diverses. L'accès à l'Europe *via* la Méditerranée et l'Italie ayant été délaissé en raison de la hausse des patrouilles maritimes et de la forte mortalité en mer, la route des Balkans a été « réactivée » (voir *infra*). Ainsi, depuis 2011, ce sont également des réfugiés d'Afrique qui transitent par la Turquie.

En termes de respects des droits fondamentaux, cela pose des problèmes de différents ordres.

Le renvoi vers la Turquie est en soi problématique car elle n'est pas considérée comme un « pays sûr ». L'article 39 de la directive UE 2013/32<sup>48</sup> dispose qu'un Etat peut certes prévoir de ne pas examiner une demande d'asile si le demandeur est illégalement entré sur son territoire depuis un pays tiers mais cela à condition que cet Etat de renvoi soit un pays sûr. Or, selon cette même directive, pour pouvoir être considéré comme sûr, un Etat doit avoir ratifié la Convention de Genève sans aucune limitation géographique, ce qui n'est pas le cas de la Turquie.

Par une communication du 17 mars, la Commission européenne a d'ailleurs elle-même estimé que l'application des dispositions de l'accord UE-Turquie « *requiert la modification préalable des législations nationales tant grecque que turque – la législation grecque doit prévoir le statut de pays tiers sûr pour la Turquie et la législation turque doit garantir l'accès effectif à des procédures d'asile pour toute personne ayant besoin d'une protection internationale* ». De même, la Hongrie considère irrecevables les demandes d'asile des personnes ayant transité par des pays sûrs au nombre desquels « *les États candidats à l'adhésion à l'Union européenne à l'exception de la Turquie* ».

Face à l'intensification des mouvements migratoires vers le territoire européen et la pression importante qui pèse sur la Turquie pour qu'elle contienne les exilés, un effet « domino » se produit alors irrémédiablement : la Turquie, également soucieuse de ne pas voir se maintenir durablement sur son territoire les migrants réadmis par les Etats européens et ceux qu'elle a contenus, entreprend de signer à son tour un nombre important d'accords bilatéraux de réadmission avec les Etats « sources d'immigration » tels que le Pakistan, la Russie, le Nigéria, la Syrie et envisagerait de le faire avec 14 autres pays comme l'Irak, l'Iran, le Soudan, l'Égypte. Ces accords, en permettant le « refoulement en chaîne »<sup>49</sup> de personnes qui fuient souvent les guerres et les persécutions, nient l'existence du droit fondamental de quitter son pays, notamment pour demander l'asile.

Or, formellement, le droit européen s'oppose à ces renvois. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, les Etats contractants ont certes le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. Ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent d'ailleurs le droit à l'asile politique<sup>50</sup>. Toutefois sa jurisprudence est claire sur le fait que l'interdiction fondamentale de la torture et des traitements inhumains ou dégradants posée par l'article 3 impose aux Etats contractants l'obligation de ne pas éloigner une personne vers un pays lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle

y courra un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'article 3<sup>51</sup>.

Cette jurisprudence va même plus loin en prévoyant l'interdiction de renvoyer une personne dans un pays, y compris considéré comme sûr, s'il y a un risque que ce dernier renvoie lui-même cette personne dans un autre pays risqué pour elle, celui de sa nationalité ou de sa résidence. La Cour estime en outre que le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un Etat contractant à Dublin n'a aucune incidence sur la responsabilité de l'Etat qui renvoie, lequel doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3.

Si un Etat européen a l'obligation de faire cet examen avant de renvoyer un ressortissant vers un Etat partie à Dublin, on imagine qu'il doit le faire d'autant plus lorsqu'il renvoie vers la Turquie – pays non sûr –, susceptible de réadmettre elle-même vers toute une autre série d'Etats, encore moins sûrs.

L'externalisation de la gestion des flux migratoires n'épargne pas les exilés en besoin de protection internationale puisqu'elle se traduit également par la volonté de l'Union européenne de déléguer le traitement des demandes d'asile. Le Danemark proposait déjà en 1986 la mise en place de centres de traitement régionaux des demandeurs d'asile, gérés par les Nations unies. En 1994, les Pays-Bas soumettaient à l'Union européenne un projet similaire visant à la création de centres d'accueil pour les migrants situés non loin des zones de départ. L'idée a été relancée par le Royaume-Uni en mars 2003, puis reprise par la Commission européenne qui préconisait « *une véritable politique partenariale avec les pays tiers de premier accueil et de transit* » pour « *une implication beaucoup plus forte de [ces] pays* »<sup>52</sup>.

Plus concrètement, le Conseil des ministres de l'Intérieur de l'Union européenne et la Commission européenne ont annoncé, respectivement en mars et mai 2015, la création d'« *un centre polyvalent pilote* » au Niger en précisant que « *l'existence de ces centres dans les pays d'origine ou de transit permettra de donner aux migrants une idée précise des chances de réussite de leur voyage et d'offrir à ceux qui sont en situation irrégulière des solutions d'assistance au retour volontaire* »<sup>53</sup>.

Cette idée s'inscrit directement dans le processus de Khartoum lancé le 28 novembre 2014 qui consiste notamment à permettre à certains Etats de « garantir » l'accès à la demande d'asile en Europe et faciliter le retour vers les pays d'origine, tout en luttant contre la traite des êtres humains. Pour ce faire, les 28 Etats membres de l'Union européenne s'associent à plusieurs pays de la Corne de l'Afrique. Or, certains de ces pays – l'Erythrée, le Soudan, l'Ethiopie par exemple – n'ont

pas signé la Convention de Genève sur les réfugiés et n'offrent aucune garantie s'agissant du respect des droits de l'Homme<sup>54</sup>. Ce sont d'ailleurs ces pays, dirigés par des dictatures ou en état de guerre, que furent justement beaucoup d'exilés présents en Europe, notamment à Calais. Les propos du Commissaire européen en charge de ce dossier, Dimitri Avramopoulos, laissent sur ce point perplexe. Selon ce dernier, « nous ne devons pas être naïfs. Le fait que nous coopérons avec des régimes dictatoriaux ne signifie pas que nous les légitimons. Mais nous devons coopérer là où nous avons décidé de lutter contre la contrebande et la traite des êtres humains »<sup>55</sup>. Pourtant, une demande d'asile traitée dans ces pays tiers est loin d'avoir les mêmes chances d'aboutir que lorsqu'elle est formulée au sein de l'Union européenne. Il apparaît d'ailleurs pour le moins paradoxal de « coopérer » avec des « régimes dictatoriaux » pour « lutter contre la traite » des ressortissants de ces mêmes Etats.

Des inquiétudes comparables peuvent être formulées concernant la frontière orientale de l'Union européenne. Présentée en septembre 2005 par la Commission européenne<sup>56</sup>, la mise en place de « zones régionales de protection » – c'est-à-dire de zones d'attente à proximité des pays d'origine des migrants pour l'obtention éventuelle d'un visa pour l'Union européenne, visait déjà des Etats tels que l'Ukraine ou la Biélorussie, peu susceptibles de garantir un premier asile pour les réfugiés. En effet, dans la même période, de mauvais traitements des migrants étaient dénoncés en Ukraine<sup>57</sup>, tandis que l'Union européenne elle-même condamnait les violations répétées des droits fondamentaux par la Biélorussie.

Dans le cadre de cette politique d'évitement de potentiels demandeurs d'asile, l'Union européenne ne choisit donc pas de coopérer avec des pays tiers à raison de leur aptitude à assurer la protection internationale à laquelle ont droit les réfugiés mais bien « pour leur capacité à jouer le rôle de tampon pour protéger [l'Europe] des indésirables »<sup>58</sup>.

A cet égard, il convient de relever que de tels accords de gestion des flux migratoires passés par les Etats membres avec les pays extérieurs à l'Union européenne ont toujours été concomitants à l'apparition ou au renforcement de lois criminalisant l'émigration irrégulière dans ces derniers<sup>59</sup>. Or, la notion de « départ illégal » d'un Etat apparaît en soi difficilement compatible avec le droit fondamental de quitter tout pays, y compris le sien tel que le consacre le droit international.

Faisant suite à l'entrée en vigueur en 2005 de l'Accord euro-méditerranéen d'association conclu avec l'Union européenne ainsi qu'aux accords de réadmission bilatéraux passés avec plusieurs pays européens entre 2001 et 2009, l'Algérie a ainsi décidé en 2009 de soumettre toute personne quittant son territoire en méconnaissance des

exigences légales à une peine d'emprisonnement. Après la signature de l'accord de coopération policière avec l'Italie en 2003, la Tunisie a quant à elle aggravé les sanctions pour tentative d'émigration irrégulière en portant les peines maximales encourues à 20 ans de prison. Suivant le même mouvement, une loi marocaine de 2003 a fortement réprimé le fait pour tout Marocain de ne pas se conformer aux conditions de sortie du territoire. Ces nouvelles dispositions font, là encore, suite à l'entrée en vigueur en 2000 de l'Accord euro-méditerranéen d'association et à des accords bilatéraux passés avec les pays européens, un nouveau Partenariat ayant d'ailleurs été conclu le 7 juin 2013 entre le Maroc et l'Union européenne « *pour gérer la migration et la mobilité* »<sup>60</sup>. La Macédoine a, pour sa part, révisé en 2011 sa loi sur les documents de voyage après avoir signé quinze accords bilatéraux de réadmission avec les Etats européens ainsi qu'un accord avec l'Union européenne trois ans auparavant. Désormais, une personne renvoyée d'un pays pour violation des règles d'entrée ou de séjour se verra opposer en Macédoine un refus de passeport, celui-ci pouvant encore être retiré pendant un an s'il a déjà été délivré. En pratique, comme l'a déjà relevé le Centre européen des droits des Roms<sup>61</sup>, ces dispositions – dont il résulte une interdiction de sortie du territoire – sont appliquées de manière discriminatoire à l'encontre de la communauté Rom.

L'accord de gestion concertée des flux migratoires et de développement solidaire conclu entre la France et le Cameroun le 21 mai 2009 illustre de manière significative l'influence exercée par les Etats membres sur les Etats tiers pour pénaliser l'émigration supposée irrégulière. Alors qu'une loi camerounaise de 1990 sanctionne déjà lourdement le fait de ne pas remplir les conditions requises pour la sortie du territoire, la France s'est engagée à verser une allocation à l'action de la police aux frontières camerounaises pour « *optimiser son efficacité opérationnelle* » dans la lutte contre la fraude documentaire et la migration dite « *illégal* ». L'Etat français forme la police de ce pays à l'élaboration d'un « *traitement judiciaire spécifique des infractions en matière d'immigration irrégulière et de fraude documentaire* » et fournit des experts du « *contrôle des flux migratoires* » à l'aéroport de Douala<sup>62</sup>. Les Camerounais non admis aux frontières européennes, et poursuivis ensuite, sont placés en prison dans l'attente de leur jugement, la plupart ne bénéficiant pas d'avocat.

Or, en procédant de la sorte, les Etats européens, s'ils fragilisent le sort de ces migrants, ne peuvent faire disparaître les mouvements migratoires notamment lorsqu'ils répondent à un besoin de protection. Ainsi, l'actuelle volonté de « fermer la route des Balkans », après



avoir rendu impraticable celle de la mer Méditerranée (voir *supra*), mènera à l'ouverture d'une autre voie. Sans doute plus dangereuse, forcément avec l'aide intéressée de tiers.

Au terme de ces développements, un retour au droit primaire de l'Union européenne apparaît nécessaire. L'article 10 A du traité de Lisbonne énonce que « *l'action de l'Union sur la scène internationale (...) vise à promouvoir dans le reste du monde : la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international* ». L'externalisation de la gestion des flux migratoires engagée par l'Union – tant à travers l'externalisation des demandes d'asile que par la pénalisation croissante de l'émigration – entre pleinement en contradiction avec ces objectifs.

Le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, M. Muiznieks a estimé quant à lui que les accords entre l'Union européenne et la Turquie sur la « gestion » des exilés étaient contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme.

**En conséquence, le Défenseur des droits recommande au Gouvernement de :**

- **prévoir que, dans le cadre de l'éventuelle mise en œuvre de l'accord de réadmission avec la Turquie, aucune personne ne puisse, du simple fait d'avoir émigré, risquer d'être détenue après avoir été réadmise en Turquie ou dans son pays d'origine ;**
- **procéder à un examen attentif de la vulnérabilité des personnes susceptibles d'être réadmissées et notamment des femmes à l'égard desquelles le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Nils Muiznieks, plaide pour une protection renforcée, les femmes seules, enceintes, les jeunes filles et les femmes âgées étant les plus exposées à la traite des êtres humains.**

Si le renforcement des frontières extérieures de l'Union européenne a pu un temps être regardé comme le nécessaire corollaire de l'ouverture des frontières intérieures de l'espace Schengen, les failles de ce raisonnement apparaissent aujourd'hui, les États membres rétablissant eux-mêmes les contrôles à leurs propres frontières.

## **b. Les politiques sécuritaires aux frontières nationales et européennes, facteurs d'atteintes physiques**

Le 13 septembre 2015, l'Allemagne déclarait ainsi rétablir les contrôles à sa frontière avec l'Autriche. Elle était suivie de près par l'Autriche et la Slovaquie. Quant à la France, elle avait déjà rétabli de tels contrôles

au niveau de la frontière franco-italienne, à Vintimille. Si le Conseil d'État a considéré que ces contrôles n'étaient pas systématiques et *permanents*<sup>63</sup>, le Premier ministre a en revanche admis avoir rétabli des contrôles *temporaires* à cette frontière depuis le printemps 2015. La construction d'un mur par la Hongrie, à sa frontière croate, à l'instar de celui qu'elle avait déjà édifié à sa frontière serbe, est le symbole le plus frappant de cet échec. Enfin, le choix de la Belgique, le 22 février 2016, de rétablir les contrôles à sa frontière avec la France, de crainte d'un afflux important de migrants à la suite de l'annonce du démantèlement du bidonville de Calais en est la dernière illustration. Ces contrôles aux frontières internes de l'espace Schengen ne peuvent pourtant être instaurés qu'en cas de risque de trouble à l'ordre public sachant qu'au regard des exigences prévues par le droit de l'Union européenne, la migration et le franchissement des frontières extérieures par un grand nombre de ressortissants de pays tiers ne devrait pas être considéré, en soi, comme une menace à l'ordre public<sup>64</sup>.

En France, comme l'a déjà souligné le Défenseur des droits<sup>65</sup>, cet objectif de « sécurisation » des frontières n'est en rien dissuasif, les exilés ayant derrière eux un parcours migratoire déjà semé d'obstacles et de prises de risques, précédé souvent lui-même de persécutions dans le pays d'origine qu'ils ont fui. Mais en plus de porter atteinte à leur intégrité physique, il est aussi parfaitement inégalitaire : en faisant augmenter le prix des « passeurs » qui, eux, parviennent à emprunter des voies moins risquées, il conduit à ce que cette prise de risque soit plus importante encore pour les exilés les plus démunis. Les exemples rapportés par la presse attestent, s'il en était besoin, que les exilés fuyant leur pays sans moyens légaux de se déplacer sont dans une situation de très grande faiblesse et en proie à toute forme de domination. Leur besoin de protection est indéniable et celle-ci devrait être immédiate.

Des atteintes aux droits fondamentaux des migrants dans le cadre de politiques sécuritaires s'observent de la même manière aux frontières de l'Union européenne, notamment en mer Méditerranée, dont la traversée sur des embarcations de fortune constitue une étape particulièrement meurtrière pour les migrants. En effet, la priorité donnée au contrôle des flux migratoires tend à se faire au détriment de l'obligation de sauvetage de ces personnes, malgré le droit applicable.

Cela ressort tout d'abord des pressions exercées par les États européens sur l'Italie pour arrêter l'opération de sauvetage humain *Mare Nostrum* en 2014 et privilégier l'existence d'opérations de surveillance orchestrées par Frontex, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures de l'Union européenne. Mais le mandat de l'Agence européenne est en réalité in-

compatible avec le respect des droits fondamentaux des migrants<sup>66</sup>. Il permet en effet d'intercepter des navires avant qu'ils n'atteignent les eaux territoriales de l'Union européenne, de débarquer des migrants dans des pays tiers et de repousser une embarcation qui aurait atteint les eaux territoriales d'un État membre<sup>67</sup>. Or, « *dans le cadre de ces procédures, aucune garantie n'est prévue quant à la vérification des besoins de protection internationale des personnes concernées ou au respect du principe de non refoulement d'un réfugié* »<sup>68</sup> tel que garanti par la Convention de Genève. Si le triplement du budget de l'Agence européenne avait été annoncé début 2015 pour mener à bien l'Opération Triton 3 en 2016<sup>69</sup>, son directeur indiquait à la même période que le mandat de Frontex n'est pas celui de rechercher et de secourir les personnes et qu'il n'est pas souhaitable que le mandat de l'Agence comprenne ces missions<sup>70</sup>.

La confusion permanente des fonctions de secours et de surveillance de l'immigration illégale génère finalement une dilution des responsabilités quant à la violation du droit des migrants à être secourus, mais également à bénéficier de la protection juridique applicable à leur situation individuelle au regard des normes internationales.

Il convient à cet égard de relever l'ambiguïté que peut revêtir l'injonction unanime à lutter contre les passeurs<sup>71</sup>, les mettre hors d'état de nuire, y compris par des opérations militaires organisées par l'OTAN. Lutter contre les passeurs dans l'intérêt des migrants qui en sont victimes pourrait revenir à ce que ces migrants soient *de facto* plus encore empêchés de fuir un pays comme la Syrie ou l'Érythrée qu'on leur interdit de quitter légalement [voir *supra*, PI-I-B-1-a sur les politiques françaises et européennes en matière de visas]. Il en résulte que la seule façon de protéger efficacement tout exilé contre le risque de faire l'objet d'un trafic d'être humain requiert l'ouverture de voies légales d'émigration *via* des dispositifs prévus par la législation européenne, tels la délivrance de visas « humanitaires ». Cette solution aurait le mérite d'aboutir à ce que le respect des droits fondamentaux prime enfin sur la logique de blocage et que des parcours maîtrisés se substituent aux voies de passage privilégiées par les trafiquants.

Loin de se montrer solidaire, l'Union européenne s'est donc érigée en forteresse. Ce mouvement de repli, doublé d'une volonté politique d'empêcher le départ des migrants vers l'Europe, ne dissuade pas totalement. En dépit des violations de leurs droits fondamentaux, ces exilés parviennent parfois à atteindre les États européens et peuvent, dans ce contexte, être maintenus en zone d'attente sans garantie d'être admis sur le territoire français.

## 2. Le maintien en zone d'attente, source de privation des droits

### a. Les entraves au droit de demander l'asile à la frontière

Un étranger qui parvient à atteindre la France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne peut, avant d'être autorisé à entrer sur le territoire, être maintenu jusqu'à 26 jours en zone d'attente située dans la gare ou dans l'aéroport. Selon le ministère de l'Intérieur, le nombre de personnes maintenues dans les 67 zones d'attente ne cesse de diminuer : de 17 103 en 2008, il est passé à 13 180 en 2009 et 8 541 en 2011<sup>72</sup>, traduisant le durcissement des politiques d'immigration décrites précédemment.

Lorsqu'il indique vouloir demander l'asile, le ministre de l'Intérieur, après avis conforme de l'OFPRA, « filtre » la possibilité pour lui d'accéder à cette procédure en s'assurant que sa demande n'est pas manifestement infondée. La loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme de l'asile<sup>73</sup> a, pour la première fois, défini la notion de « demande manifestement infondée », ce qui est en soi une amélioration. Toutefois, cette définition, reprenant celle du Conseil d'Etat dans sa décision *Ministère de l'intérieur* du 28 novembre 2011, paraît encore faire débat.

En se fondant sur le caractère « *incohérent, contradictoire, faux ou peu plausible, dénué de pertinence des déclarations de l'intéressé et des documents qu'il présente, ôtant toute crédibilité au risque de persécution* », la définition de la loi confère en effet à l'autorité compétente une marge d'appréciation relativement importante puisqu'elle l'invite à amorcer un pré-examen de la situation sur le fond, au moment même de l'arrivée du demandeur, moment peu propice à la présentation cohérente et étayée de sa situation.

Or, rappelons que le fait de refuser à un étranger le droit d'entrer sur le territoire alors même qu'il demande l'asile est une dérogation au principe constitutionnel selon lequel toute personne qui sollicite la qualité de réfugié doit normalement être autorisée à demeurer sur le territoire le temps de l'examen de sa demande. Cette dérogation ne saurait s'appréhender que strictement. Pour cette raison, dans le cadre des avis qu'il a rendus sur le projet de loi (avis n° [14-10](#) du 6 novembre 2014 et n° [15-05](#) du 1<sup>er</sup> avril 2015), le Défenseur des droits a demandé, en vain, que soit privilégiée la définition du HCR – « *la demande qui ne se rattache pas aux critères pour la reconnaissance d'une protection internationale* » – que les juridictions administratives avaient pu faire prévaloir avant 2011.

Ces refus d'être admis sur le territoire peuvent certes faire l'objet d'un recours suspensif depuis la loi du 29 juillet 2015 mais dans des conditions si restrictives que cette amélioration, dictée par plusieurs

condamnations de la France<sup>74</sup>, semble quasiment réduite à néant par les délais – 48 heures – et les modalités – un juge unique – qui ne permettent pas au demandeur d’asile de préparer correctement sa défense. Cela est d’autant plus prégnant qu’aucune saisine systématique des associations habilitées en vue de l’accompagnement juridique des demandeurs d’asile n’est prévue.

**En conséquence, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à :**

- **modifier la définition de la « demande d’asile manifestement infondée » permettant de refuser l’admission d’un étranger sur le territoire français en reprenant la définition proposée par le HCR ;**
- **allonger les délais de recours contre une décision de refus d’admission du territoire en vue d’y demander l’asile car si l’objectif de la loi de répondre plus rapidement aux demandes d’asile est tout à fait légitime, il ne peut induire un traitement expéditif de ces demandes.**

#### **b. Les difficultés spécifiques rencontrées par les mineurs isolés**

Un tel maintien en zone d’attente est particulièrement préoccupant concernant les mineurs. La loi du 29 juillet 2015, en affichant positivement le fait que les mineurs non accompagnés ne peuvent être maintenus en zone d’attente qu’à titre exceptionnel, consacre *a contrario* leur présence en de tels lieux. Au surplus, les hypothèses dans lesquelles ce maintien peut être décidé demeurent très étendues et sans lien évident avec leur situation personnelle : provenance d’un pays d’origine sûr, cas d’irrecevabilité de la demande, faux documents d’identité ou de voyage.

Selon l’article 37 *b*) de la Convention relative aux droits de l’enfant (CDE), dont l’applicabilité directe a été reconnue par le Conseil d’Etat<sup>75</sup>, les Etats parties doivent pourtant « *veiller à ce que nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L’arrestation, la détention ou l’emprisonnement d’un enfant doit (...) n’être qu’une mesure de dernier ressort, et être d’une durée aussi brève que possible* ».

Il résulte de cet article et de sa consécration dans l’ordonnancement juridique français que le placement même des enfants non accompagnés en zone d’attente est critiquable, ainsi que le précisait le Comité des droits de l’enfant des Nations-Unies, dans son observation générale n° 6 (CRC/GC/2005/6).

En dehors du principe même de leur placement en zone d’attente, ce sont les conditions dans lesquelles les enfants sont retenus et amenés à présenter leur demande d’asile qui posent problème. Les situations portées à la connaissance du Défenseur des droits, tout comme les

constats dressés par l'Anafé dans son rapport d'observation triennal de 2015, attestent que les conditions de vie à la frontière des mineurs apparaissent peu conformes à l'intérêt supérieur des enfants au sens de l'article 22 de la CDE et de son interprétation par le Comité des droits de l'enfant qui, au-delà de son observation générale de 2005 précitée, se déclarait, en 2009, profondément préoccupé par la situation des mineurs isolés placés dans les zones d'attente des aéroports français. Plusieurs illustrations de ces manquements peuvent être rappelées.

En premier lieu, maintenus en zone d'attente pendant plusieurs jours, les mineurs sont presque systématiquement entendus par l'OFPRA au téléphone, rendant ainsi très difficile l'expression de certains aspects de leurs histoires. Ces conditions d'entretien ne peuvent en aucun cas être jugées conformes aux « *mesures appropriées* » qu'exige l'article 22 de la CDE.

Les termes de l'article L.221-5 du CESEDA sont clairs et imposent que l'autorité administrative avise immédiatement le procureur de la République afin qu'il désigne sans délai un administrateur *ad hoc*. Néanmoins, la pratique consistant à subordonner cette démarche à l'évaluation médicale préalable de la minorité de ces mineurs reste fréquente malgré les condamnations solennelles de la Cour de cassation<sup>76</sup> selon laquelle, en cas de doute, ce sont les déclarations de minorité de l'intéressé qui doivent prévaloir. En attendant que la minorité soit confirmée par les tests médicaux pour que l'administrateur *ad hoc* soit nommé, il est fréquent qu'il s'écoule plusieurs heures – voire journées – pendant lesquelles l'enfant reste sans aucune protection. Compte tenu de la persistance de ces pratiques, et dans la suite des précédentes recommandations du Défenseur des droits (décision n° [MDE-2012-179](#)), l'article L.221-5 du CESEDA devrait être précisé et le principe de la présomption de minorité lorsqu'un doute subsiste devrait être rappelé.

Enfin, la circonstance que les mineurs non encore admis sur le territoire français demandent l'asile ne doit pas occulter les autres formes de protection dont ils pourraient bénéficier. Les autorités administratives, avant de refuser d'admettre un enfant sur le territoire au motif qu'il ne remplit pas les conditions pour bénéficier d'une protection au titre de l'asile, devraient examiner la situation des enfants dans leur ensemble et s'interroger sur les conséquences de leur retour vers le pays dont ils ont la nationalité en veillant notamment que ces derniers ne courent pas de danger (maltraitance familiale, errance dans le pays d'origine, etc.) Si un tel risque est avéré, le respect de la CDE implique que ces mineurs puissent être admis sur le territoire français en vue d'une saisine du juge des enfants. Selon le Comité des droits de l'enfant, ceux-ci doivent en effet pouvoir bénéficier, dans ce cadre, d'un

« mécanisme pertinent de protection de l'enfance du type de ceux prévus par la législation relative à l'action sociale en faveur de la jeunesse »<sup>77</sup>.

Le rappel dans la loi de cette obligation de protection des mineurs, au-delà de la demande d'asile qu'ils présentent, et que le Défenseur des droits avait appelé de ses vœux dans ses avis sur le projet de loi « Asile » (avis n° [14-10](#) du 6 nov. 2014 et n° [15-05](#) du 1<sup>er</sup> avril 2015), paraît d'autant plus opportun que les informations portées à sa connaissance attestent que peu d'administrateurs *ad hoc* enclencheraient cette procédure par manque de temps ou de connaissance.

**En conséquence, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à :**

- **mettre fin aux privations de liberté à la frontière pour tous les mineurs isolés demandeurs d'asile et leur admission sur le territoire en vue d'un placement aux fins d'éclaircir leur situation individuelle ;**
- **ou, à titre subsidiaire, inscrire dans la loi le principe selon lequel l'obligation de protection des mineurs demandeurs d'asile implique que puisse leur être offert, en cas de nécessité, l'ensemble du dispositif de protection de l'enfance français.**

## II. LE DROIT AU SÉJOUR DES ÉTRANGERS

Si le pouvoir discrétionnaire des autorités en matière de droit au séjour est large dès lors qu'il relève, comme le contrôle de l'entrée des étrangers, des pouvoirs régaliens de l'Etat, il se trouve contraint, de la même manière, par le respect des droits fondamentaux. Or, depuis de nombreuses années, se dégage une tendance à la précarisation du séjour des étrangers, prévue directement par les textes mais également relayée par les pratiques illégales de certaines administrations (A). Cette fragilisation du droit au séjour est susceptible d'emporter des atteintes aux droits fondamentaux des étrangers, atteintes qui s'avèrent d'autant plus graves qu'elles affectent parfois des catégories de personnes particulièrement vulnérables (B).

### A. UNE PRÉCARISATION DU DROIT AU SÉJOUR COMPORTANT DES ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTRANGERS

#### 1. Une précarisation organisée par les textes...

Lorsqu'en 1984 le législateur crée la carte de résident<sup>78</sup>, celle-ci a vocation à devenir le titre de droit commun délivré à tous les étrangers projetant de s'installer durablement sur le territoire. Valable 10 ans et autorisant son titulaire à exercer la profession de son choix

sur l'ensemble du territoire, cette carte devait en effet permettre de créer des conditions favorables à la bonne intégration de son titulaire. Or, au fil de réformes successives, ses conditions d'octroi ont été régulièrement durcies, si bien qu'elle est un titre très peu délivré (pour les chiffres de délivrance de cette carte, voir l'avis du Défenseur des droits n° [15-17](#) du 23 juin 2015). A la place, on assiste à la multiplication des titres de séjour dits « temporaires », valables un an. Cette précarisation du séjour organisée par les textes a pour effet paradoxal, voire pervers, de rendre plus difficile l'intégration des étrangers, alors même que cette intégration est aujourd'hui devenue, au nom d'une « *logique inversée* »<sup>79</sup>, la condition de délivrance d'une carte de résident désormais perçue comme le « couronnement », la « récompense » d'un parcours d'intégration réussi.

A plusieurs reprises, le Défenseur des droits a eu l'occasion de démontrer à quel point la possession d'une carte de séjour temporaire impliquait, pour son bénéficiaire, des difficultés d'ordre pratique et juridique dans de nombreux domaines de la vie quotidienne et, de fait, un traitement défavorable par rapport à une autre personne étrangère placée dans une situation comparable et qui détiendrait une carte de plus longue durée.

Le Défenseur se trouve en effet régulièrement saisi de situations de personnes étrangères discriminées dans l'accès à certains droits ou services en raison de la précarité de leur titre de séjour. De telles discriminations ont particulièrement cours dans le domaine de l'accès à l'emploi [voir *infra*, PI-II-B-5]. Elles concernent également des refus de prêts bancaires ou de forfaits de téléphonie mobile, certains professionnels retenant le caractère non pérenne du titre comme un indice de l'instabilité du séjour de son titulaire pour rejeter systématiquement les demandes, sans procéder à l'examen de l'ensemble de leur situation comme l'antériorité de leur séjour, leur situation professionnelle ou familiale. Lorsqu'il est saisi de telles pratiques, le Défenseur rappelle aux établissements bancaires et aux commerces concernés qu'un refus de service opposé au seul motif de la détention d'un titre de séjour spécifique est susceptible de caractériser une discrimination fondée sur la nationalité prohibée par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal.

C'est à l'aune de ce contexte de fragilisation du séjour des étrangers et de ses conséquences que le Défenseur a pris connaissance des dispositions contenues dans la nouvelle loi relative au droit des étrangers<sup>80</sup> visant à généraliser, pour certains étrangers, l'accès à des titres de séjour pluriannuels d'une durée de 4 ans. Ces dispositions répondent à une ancienne recommandation du Défenseur<sup>81</sup> pour qui ces titres présentent un double intérêt : du point de vue de l'administration



et de la justice, ils permettraient une diminution du travail fastidieux et répétitif des préfectures, un désengorgement de leurs services, mais aussi un allègement du contentieux administratif très dense ; du point de vue de la défense du droit des étrangers, ils placent les personnes concernées dans une situation de moins grande précarité et vulnérabilité.

Toutefois, le Défenseur estime que, pour être pertinente, la généralisation des titres de séjour pluriannuels, doit pleinement s'inscrire dans le parcours d'intégration des étrangers, en permettant, d'une part, une délivrance rapide de ces titres au lieu et place des cartes d'un an et, d'autre part, en ne retardant pas la délivrance de la carte de résident.

### **a. Nouveaux titres pluriannuels et parcours d'intégration**

Le Défenseur des droits a émis quelques réserves sur le texte initial du projet de loi relatif au droit des étrangers dans la mesure où celui-ci n'allait pas toujours dans le sens d'une consolidation du droit au séjour acquis. Dans le dispositif projeté, rien ne s'opposait en effet à ce qu'une préfecture délivre, au terme d'un premier titre pluriannuel, un autre titre pluriannuel, voire un nouveau titre d'un an si l'étranger venait à changer de statut. Ainsi conçue, la mise en place de titres pluriannuels aurait pu, paradoxalement, s'avérer source de complexification (voir notamment l'avis du Défenseur n° [15-17](#) du 23 juin 2015).

A cet égard, le Défenseur a pris acte avec satisfaction de plusieurs amendements apportés au texte initial, allant dans le sens d'une simplification et d'une sécurisation des parcours. Le texte finalement adopté permet en effet aux titulaires d'une carte pluriannuelle de solliciter directement la délivrance d'une nouvelle carte pluriannuelle sur un autre fondement, sans passer par une carte d'un an. Surtout, le texte définitif prévoit la délivrance de plein droit d'une carte « résident de longue durée UE » à l'étranger justifiant d'une résidence régulière ininterrompue d'au moins cinq ans en France, à l'exception de certains titres de séjour exhaustivement énumérés (étudiants, stagiaires, salariés en mission etc.). En ce sens, il suit les recommandations du Défenseur des droits.

On peut toutefois regretter la formulation stricte retenue pour la condition de ressources. En effet, conformément au droit de l'Union européenne, le texte prévoit que la délivrance de la carte de résident soit subordonnée à une condition de ressources stables, régulières et suffisantes du demandeur. Il est précisé que celles-ci devront atteindre un montant au moins égal au salaire minimum de croissance. Or, sur ce point, le législateur semble avoir retenu une formulation plus stricte que ce qu'exige le droit de l'Union européenne. En effet,

la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée précise uniquement que : « *Les Etats membres évaluent ces ressources par rapport à leur nature et à leur régularité et peuvent tenir compte du niveau minimal des salaires et pensions* »<sup>82</sup>. Le niveau minimal des salaires est donc, aux termes du droit de l'Union, un indicateur pertinent du niveau de ressources du demandeur et non un niveau à atteindre impérativement. En exigeant de la personne qui sollicite la délivrance d'une carte de résident sur le fondement de l'article L.314-8 du CESEDA qu'elle justifie de ressources au moins égales au SMIC, le législateur fixe une exigence qui permet d'écartier systématiquement du bénéfice de la carte de résident les personnes ayant des ressources inférieures, sans qu'il soit procédé à l'examen de leur situation particulière, et au risque que cela contribue à les maintenir dans une situation précaire, source de discrimination.

### **b. Exceptions à la généralisation de la délivrance de titres de séjour de 4 ans**

En marge de l'objectif d'harmonisation et de simplification du droit visant à mettre en place selon l'étude d'impact un « *régime unique et identique pour tous (...) basé sur la cohérence et la progressivité* »<sup>83</sup>, il persiste certaines exclusions et exceptions, sur lesquelles s'est déjà prononcées le Défenseur des droits (avis n<sup>os</sup> [15-17](#) du 23 juin 2015, [15-20](#) du 3 septembre 2015 et [16-02](#) du 15 janvier 2016).

En premier lieu, plusieurs catégories ne seront pas concernées par la délivrance des titres pluriannuels : les « visiteurs », les « stagiaires », les « travailleurs temporaires » et les « victimes de la traite ». Si l'on comprend la logique qui préside aux trois premières exclusions, celles-ci visant des catégories d'étrangers dont le séjour en France est par nature temporaire, on peut s'interroger sur ce qui justifie d'exclure les personnes victimes de la traite du bénéfice d'un tel dispositif. Aux termes de l'étude d'impact du projet de loi, une telle exclusion serait justifiée par le fait que ces personnes sont « *engagées dans une procédure spécifique qui mène, in fine, à la délivrance d'une carte de résident* ». Or, aux termes de l'article L.316-1 du CESEDA, c'est seulement en cas de condamnation définitive de la personne mise en cause qu'une carte de résident est remise à la personne qui a porté plainte ou accepté de témoigner dans une procédure pénale contre une personne poursuivie pour des faits de traite des êtres humains. La délivrance d'une carte de résident aux victimes de la traite n'a donc rien d'automatique et ne pourra survenir, en tout état de cause, qu'au terme d'une procédure pénale de plusieurs années. Dès lors, l'exclusion des victimes de la traite des titres pluriannuels maintiendra ces personnes dans une situation de relative incertitude, alors même

que ces dernières, en raison de leur qualité de victime, se trouvent dans une situation de vulnérabilité particulière. Elles s'exposent, en dénonçant les auteurs de la traite, à des risques importants qui devraient justifier qu'en retour, la pérennité de leur séjour soit assurée. Cette assurance permettrait en outre que le dispositif de « dénonciation » ne soit pas mis en échec.

En second lieu, le texte prévoit que la durée du titre de séjour pluriannuel soit adaptée pour certaines situations. Cela concerne les étudiants, les conjoints de Français, les parents d'enfants français, les étrangers faisant état de liens personnels et familiaux en France et, enfin, les étrangers malades. A cet égard, le Défenseur des droits trouve particulièrement regrettable que les conjoints de Français et les parents d'enfants français qui bénéficiaient avant 2003 de la carte de résident de 10 ans de plein droit, se voient privés de l'opportunité de bénéficier des nouveaux titres pluriannuels d'une durée de quatre ans, remplacés pour eux par des titres de deux ans.

Le Défenseur prend néanmoins acte avec satisfaction de l'évolution favorable du projet de loi sur la modification de l'article L.314-9 du CESEDA afin que la carte de résident soit de nouveau délivrée de plein droit – et non discrétionnairement – au conjoint de Français marié depuis au moins trois ans ainsi qu'au parent d'un enfant français résidant régulièrement en France depuis au moins trois ans. Ces personnes pourront donc, au terme d'une première carte d'un an, se voir délivrer un titre pluriannuel de deux ans avant d'accéder de plein droit à la carte de résident.

En revanche, d'autres exclusions du dispositif de droit commun demeurent problématiques.

Il s'agit tout d'abord de l'exclusion du bénéfice de la carte pluriannuelle de 4 ans des personnes titulaires d'une carte d'un an délivrée en raison de leurs attaches familiales et personnelles en France sur le fondement de l'article L.313-11 7° du CESEDA. Aux termes la nouvelle loi, celles-ci se verront attribuer une carte de 2 ans sans pour autant pouvoir prétendre, à la différence des conjoints et parents d'enfants français, à la délivrance automatique d'une carte de résident au terme de trois années de séjour en France. Or, le fait que ces personnes ne bénéficient pas d'une carte de 4 ans semble contestable, dès lors qu'à la lecture de l'étude d'impact du projet de loi, cette exclusion n'apparaît justifiée que par « *des considérations liées à la lutte contre la fraude* »<sup>84</sup>. En effet, on ne voit pas pourquoi les personnes bénéficiant de titres de séjour délivrés en raison de leurs attaches personnelles et familiales en France devraient faire l'objet d'une suspicion accrue.

Il s'agit ensuite des étrangers malades, dont la durée du titre sera alignée sur celle des soins. Outre les difficultés pratiques que l'éva-

luation de cette durée pourrait poser, le Défenseur s'inquiète des répercussions que cette exclusion aura sur les personnes concernées. En effet, en ne leur permettant pas d'accéder au titre pluriannuel de 4 ans, le dispositif contraint ces personnes à effectuer des démarches de renouvellement plus lourdes, impliquant des déplacements en préfectures plus fréquents alors même que les pathologies dont elles souffrent sont susceptibles de rendre ces démarches plus pénibles.

**Le Défenseur des droits prend acte avec satisfaction de certaines avancées significatives introduites par la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, en ce qu'il généralise la délivrance de titres de séjour pluriannuels, rétablit la délivrance de la carte de résident de plein droit pour les conjoints et parents d'enfants français et prévoit, sous certaines conditions, la délivrance de plein droit de la carte « résident de longue durée-UE » aux personnes justifiant de 5 années de séjour régulier en France.**

Toutefois, dans le but de parvenir effectivement à l'objectif de simplification recherché par le législateur et de sécuriser le séjour des étrangers – et notamment des plus vulnérables – en France, le Défenseur des droits recommande :

- que le SMIC ne constitue plus un niveau de ressources à atteindre impérativement pour pouvoir prétendre à la délivrance de plein droit de la carte « résident de longue durée-UE », mais seulement un indicateur des ressources suffisantes ne dispensant pas les autorités administratives de procéder à l'examen particulier de chaque situation individuelle lorsque ce niveau n'est pas atteint ;
- que la possibilité de solliciter la délivrance d'un titre pluriannuel soit ouverte aux personnes victimes de la traite admises au séjour sur le fondement de l'article L.316-1 du CESEDA ;
- que la durée des titres pluriannuels délivrés aux personnes admises au séjour en raison de leurs attaches familiales et personnelles en France sur le fondement de l'article L.313-11 7° du CESEDA, ou de leur état de santé sur le fondement de l'article L.313-11 11° du CESEDA, soit portée à quatre ans.

## **2. ... et entretenue par les défaillances constatées en préfecture**

Aux entraves à l'accès aux droits que peuvent subir les étrangers en raison du caractère non pérenne de leur droit au séjour s'ajoutent celles subies en raison des défaillances constatées au niveau des préfectures au stade de l'accès aux guichets (a), de l'enregistrement (b)

et de l'instruction des demandes de titres de séjour (c), défaillances et violations de la loi qui contribuent à maintenir de nombreux étrangers dans une situation précaire au regard du séjour.

#### **a. Au stade du dépôt des dossiers : des conditions d'attente indignes pour des guichets trop souvent inaccessibles**

Pointées du doigt par de nombreux rapports institutionnels et associatifs<sup>85</sup>, les difficultés rencontrées par les étrangers pour accéder aux guichets des préfectures sont notoires. Confrontés à la saturation des services préfectoraux, ces derniers se voient contraints de patienter des heures durant dans des conditions d'attente indignes, sans certitude de pouvoir finalement faire enregistrer leur demande.

Des difficultés très importantes subsistent en dépit des efforts déployés pour mettre un terme à cette situation – développement de l'accueil sur rendez-vous, rationalisation de l'accueil aux guichets, augmentation de la durée de validité des récépissés, alignement de la date de début de validité des récépissés et titres de séjour à la date de délivrance, recours accru aux nouvelles techniques de communication, etc.<sup>86</sup>

Dans un rapport de décembre 2014, l'Inspection générale de l'administration (IGA) relève que si le nombre et l'ampleur des files d'attente nocturnes ou extérieures ont diminué, les « refoulements » d'usagers, c'est-à-dire les cas de personnes s'étant présentées à la préfecture et n'ayant finalement pas pu accéder aux guichets, persistent. Le rapport précise que plusieurs sites sont encore confrontés à des difficultés sérieuses, quatre départements – l'Essonne, l'Isère, le Val de Marne et Mayotte – étant plus particulièrement concernés.

Plus récemment, des associations ont saisi le Tribunal administratif de Marseille pour demander l'annulation de plusieurs décisions du Préfet des Bouches-du-Rhône relatives à l'organisation de l'accueil des primo-demandeurs de titres de séjour dans le département. Elles dénoncent le choix de centraliser la réception de toutes les premières demandes de titres de séjour au siège de la Préfecture de Marseille et non plus dans les sous-préfectures du département, la mise en place de *numerus clausus* limitant l'accès aux guichets (distribution d'un nombre limité de tickets), l'absence de remise de convocation aux personnes s'étant présentées et n'ayant pu accéder aux guichets et, enfin, l'absence de publication des formulaires de demandes de titre de séjour sur le site Internet de la préfecture. Par un jugement du 15 septembre 2015, le Tribunal administratif de Marseille a rejeté la requête présentée par les associations<sup>87</sup>, lesquelles ont interjeté appel de la décision et saisi le Défenseur des droits.

Les associations requérantes font notamment valoir que l'organisation de l'accueil des primo-demandeurs de titres de séjour dans les Bouches-du-Rhône crée une rupture d'égalité devant le service public : l'organisation dénoncée peut tout d'abord conduire à privilégier l'accès aux guichets des personnes les moins vulnérables, sans charges de famille et en condition physique suffisante pour pouvoir faire la queue devant la préfecture pendant plusieurs nuits, mais également car elle institue des différences de traitement entre les étrangers sollicitant leur régularisation en fonction du fondement qu'ils invoquent. En effet, seules certaines catégories d'étrangers – prévues aux articles L.313-11 7° et L.313-14 du CESEDA – sont concernées par cette organisation, une autre procédure étant prévue pour les conjoints de Français, les parents d'enfant français, ou encore les membres de familles de ressortissants de l'Union européenne.

Les associations relèvent, en outre, que cette organisation viole le droit des étrangers en situation irrégulière à voir examiner leur demande de titre de séjour et porte atteinte au principe du respect de la dignité humaine constitutionnellement protégé<sup>88</sup>. Les primo-demandeurs de titres de séjour se trouvent en effet contraints de faire la queue une ou plusieurs nuits devant la Préfecture et subissent, sans abri, les variations météorologiques. Aucune convocation ne leur étant remise, celles-ci se retrouvent inexorablement placées dans leur situation de départ, ce qui est source de découragement, mais également de tensions entre les usagers. Par ailleurs, la restriction de l'accès aux guichets par la mise en place d'un système de tickets encourage le développement de trafics : les étrangers achètent parfois très cher leur accès à la préfecture.

Avant de se prononcer sur ce dossier, le Défenseur des droits va mener une enquête approfondie, respectueuse du contradictoire. Toutefois, au vu de ce qui est décrit dans cette réclamation, recoupant de très nombreux témoignages et travaux décrivant les conditions d'accès des étrangers aux services de la préfecture, il constate que ces conditions sont susceptibles de constituer une rupture d'égalité.

#### **Le Défenseur des droits estime :**

- **que le fait que des usagers d'un service public se voient contraints, pour espérer y accéder, de faire la queue à l'extérieur, sans abri, debout, et parfois dans la nuit, au risque de subir les violences qu'une telle situation ne manque pas d'occasionner, porte atteinte à la dignité humaine constitutionnellement protégée ;**
- **que les « refoulements » qui persistent à l'entrée de plusieurs préfectures constituent une entrave inacceptable au droit des étrangers à voir examiner leur situation.**

**Le Défenseur des droits instruira avec une attention particulière toutes les réclamations dont il est ou sera saisi, relatives aux conditions d'accueil des étrangers en préfecture. Il organisera si besoin des déplacements de ses services sur place, afin de mesurer l'écart qui subsiste entre les objectifs poursuivis par les différentes circulaires du ministère de l'Intérieur visant à améliorer l'accueil des étrangers en préfecture et la réalité du terrain. Il pourra, le cas échéant, présenter des observations devant les juridictions saisies.**

**b. Au stade de l'enregistrement des dossiers : des pratiques divergentes à l'origine de « refus guichet » illégaux**

Quand les étrangers parviennent à accéder aux guichets des préfectures, ils se heurtent encore au risque de se voir opposer un « refus guichet », c'est-à-dire un refus oral d'enregistrement de leur demande. Quels que soient les motifs invoqués à leur l'appui (dossier incomplet, demande irrecevable, manifestement infondée, etc.), et même s'ils sont parfois le fruit d'une intention bienveillante visant à prémunir l'étranger contre une décision négative, de tels refus sont illégaux dans la mesure où ils aboutissent à priver les usagers de tout accès à la procédure, c'est-à-dire à la possibilité de voir examiner son dossier, de se voir délivrer un récépissé et, éventuellement, d'exercer un recours contre une décision de refus.

Rappelons, par ailleurs, que même si l'agent au guichet estime que les chances de régularisation de l'étranger sont faibles voire inexistantes, le préfet dispose toujours d'un pouvoir de régularisation exceptionnelle<sup>89</sup>. Aussi, dans un arrêt en date du 8 août 2002, la haute juridiction précisait que le refus d'enregistrement d'une demande de titre de séjour constituait une décision autonome et non assimilable à un refus de séjour et qu'elle pouvait, en tant que telle, justifier le prononcé d'une suspension sur le fondement de l'article L.521-1 du code de justice administrative<sup>90</sup>.

**Le Défenseur des droits recommande que le ministre de l'Intérieur intervienne par voie de circulaire ou d'instruction, pour :**

- **rappeler aux préfets, qu'ils sont tenus, en vertu du pouvoir de régularisation discrétionnaire dont ils disposent, de procéder à l'examen particulier de chacune des demandes de titres de séjour qui leur sont soumises et qu'en conséquence, les refus d'enregistrement opposés oralement aux guichets doivent être prohibés ;**
- **préciser par écrit les motifs et les procédures applicables en cas de refus d'enregistrement des demandes de titres de séjour, afin de faciliter l'exercice des recours : l'étranger qui se voit opposer un refus d'enregistrement, devrait ainsi se voir**

**remettre un document écrit mentionnant la préfecture en cause, la date, les motifs du refus et la procédure à suivre s'il entend le contester.**

Ces « refus guichet » résultent principalement de la méconnaissance du droit applicable par les services et du fait que des pièces illégales ou impossibles à fournir sont exigées.

***S'agissant des refus d'enregistrement opposés en méconnaissance du droit applicable***, le Défenseur des droits a par exemple été saisi, par l'intermédiaire d'une association, du cas d'une préfecture refusant systématiquement d'enregistrer les demandes de titres de séjour présentées sur le fondement de l'article L.313-11 1<sup>o</sup> du CESEDA (droit au séjour pour raison médicale) lorsqu'une demande d'asile était en cours d'examen.

Selon la préfecture, les dispositions de l'article L.311-6 du CESEDA font en effet obstacle à ce qu'une demande de titre de séjour puisse être présentée sur un autre fondement lorsqu'une demande d'asile est en cours d'instruction. Or, les dispositions invoquées prévoient simplement que, lorsqu'une demande d'asile a été définitivement rejetée, l'étranger qui sollicite la délivrance d'une carte de séjour doit justifier qu'il remplit l'ensemble des conditions prévues par le CESEDA. Elles ne prévoient nullement qu'une telle demande ne pourrait être déposée alors même que l'instruction de la demande d'asile est toujours en cours.

**Afin de garantir une application uniforme du droit sur l'ensemble du territoire, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur de veiller à empêcher la propagation d'interprétations du droit divergentes ou illégales au sein des préfectures.**

**Pour cela, le ministre devrait procéder à des rappels réguliers du droit applicable et, chaque fois qu'une pratique entravant l'accès au droit des étrangers semble revêtir un caractère systématique au sein d'une ou plusieurs préfectures, intervenir auprès de l'ensemble des préfets pour préciser le sens du droit applicable.**

A cet égard, il conviendrait notamment de préciser aux préfets que l'instruction en cours d'une demande d'asile ne les dispense pas de leur obligation d'enregistrer et d'examiner la demande de titre de séjour que le demandeur d'asile pourrait présenter sur un autre fondement en raison de circonstances nouvelles survenues dans sa situation personnelle - comme l'état de santé - ou familiale, etc.



***S'agissant des difficultés d'enregistrement liées à des demandes de pièces non prévues par les textes***, le Défenseur des droits relève en premier lieu que des efforts importants ont été déployés par l'administration afin d'y mettre un terme. En effet, après que plusieurs missions de l'IGA ont révélé des pratiques différentes – voire divergentes – selon les préfetures, le ministre de l'Intérieur est intervenu par voie de circulaire afin de limiter et unifier les listes de pièces justificatives requises. Ainsi, depuis 2011, un « *Guide de l'agent d'accueil des ressortissants étrangers en préfecture* » est accessible sur l'intranet de la Direction générale des étrangers en France. Constitué de près de 200 fiches, ce guide dresse la liste des justificatifs susceptibles d'être demandés en vue de l'examen de chaque titre de séjour, conformément aux exigences du CESEDA.

Aussi, dans une circulaire de 2014<sup>91</sup>, le ministre précise que les pièces mentionnées dans ce guide constituent « *les seules pièces sur la base desquelles une demande d'admission au séjour doit être considérée comme recevable* » et, ce afin de répondre aux objectifs de sécurité juridique des procédures, d'application homogène du droit, et d'amélioration de l'accueil des étrangers. Il annonce par ailleurs que la Direction de l'immigration a réalisé un vaste chantier de refonte des listes de pièces justificatives à fournir à l'appui des demandes de titres de séjour. Ces nouvelles listes, limitées en nombre et simplifiées, sont destinées à être transmises aux services préfectoraux par voie de circulaire et doivent impérativement être utilisées par l'ensemble des préfetures.

Si dans son rapport de décembre 2014<sup>92</sup>, l'IGA indiquait que ces listes avaient été mises en ligne sur le module « Accueil des étrangers »<sup>93</sup>, ces dernières ne semblent en revanche avoir fait l'objet d'aucune publication officielle. Par ailleurs, plusieurs préfetures ont signalé à la Direction de l'immigration l'incomplétude de certaines listes<sup>94</sup>. En outre, les exigences requises pour certaines catégories – par exemple pour les visiteurs ou pour l'admission exceptionnelle au séjour –, semblent ne pas figurer sur le module d'accueil « étrangers »<sup>95</sup>.

En l'absence de listes nationales préétablies ou en dépit de telles listes, certaines préfetures persistent à examiner les demandes formulées par les étrangers sur la base de leurs propres listes de pièces, dont certaines ne sont pas prévues par les textes.

Par exemple, le Défenseur des droits a eu connaissance, par le biais d'une réclamation individuelle, d'une liste de pièces remise par une préfecture en vue du renouvellement d'un titre de séjour portant la mention « visiteur » sur laquelle figurait l'obligation de produire une attestation d'assurance maladie privée ou une attestation de couverture maladie universelle payante. Une telle exigence ne ressort nul-

lement des dispositions du CESEDA<sup>96</sup>, ainsi que l'a d'ailleurs rappelé la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 2 février 1998<sup>97</sup>.

De même, le Défenseur a été saisi, par l'intermédiaire d'une association, du cas d'une préfecture demandant aux personnes sollicitant la délivrance d'une carte de résident de produire une lettre de motivation manuscrite justifiant des raisons pour lesquelles elles comptaient s'établir durablement en France. Là encore, une telle exigence ne figure nulle part dans le CESEDA. Dans le cas d'espèce, la préfecture en cause a établi, à la suite de l'intervention du Défenseur des droits, une nouvelle liste de pièces en supprimant l'exigence d'une lettre manuscrite.

Outre qu'elles retardent, voire empêchent, l'examen des dossiers, ces divergences entre préfectures créent des inégalités de traitement entre les usagers étrangers.

**Afin de renforcer l'égalité de traitement des usagers étrangers sur l'ensemble du territoire et d'améliorer leur information ainsi que la qualité de l'instruction des dossiers de demande de titres de séjour, le Défenseur des droits recommande que les listes de pièces nationales établies par la Direction de l'immigration du ministère de l'Intérieur :**

- fassent l'objet de mises à jour régulières en fonction des retours formulés par les préfectures et des évolutions du droit applicable ;
- fassent l'objet d'une publication officielle ;
- soient mises en ligne, sur le module du ministère de l'Intérieur dédié à l'accueil des étrangers ainsi que sur les sites Internet des préfectures ;
- donnent lieu à l'élaboration de formulaires Cerfa à utiliser dans l'ensemble des préfectures en lieu et place des différentes listes qui circulent actuellement ;
- à défaut, qu'une version officielle de ces listes soit imprimée sur papier à en-tête du ministère de l'Intérieur et diffusée à l'ensemble des préfectures.

Par ailleurs, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur de rappeler aux préfets que les listes établies au niveau national revêtent un caractère exhaustif et que les pièces qu'elles énoncent suffisent à elles seules à fonder la recevabilité d'une demande de titre de séjour.

*S'agissant, enfin, des difficultés d'enregistrement liées à la demande de pièces impossibles à produire*, le Défenseur est saisi de situations dans lesquelles les étrangers ne parviennent pas à compléter leur

demande de titre de séjour car ils se trouvent dans l'impossibilité matérielle de fournir l'un des documents exigés. Cette impossibilité peut, par exemple, résulter de la défaillance des services d'état-civil du pays d'origine ou de la perte des documents exigés. Ces étrangers se trouvent alors dans une situation de blocage qui peut affecter leur droit au respect de leur vie privée et familiale : interruption du droit au séjour et de certains droits sociaux, interruption d'une activité professionnelle, renoncement à un stage en entreprise, etc.

Plus spécifiquement, le Défenseur des droits a été saisi des difficultés rencontrées par certains ressortissants algériens sollicitant la délivrance d'un certificat de résidence « retraité ». En vertu de l'article 7 *ter* de l'Accord franco algérien du 27 décembre 1968, ce titre de séjour est délivré à l'Algérien qui a résidé en France sous couvert d'un certificat de résidence valable dix ans. Ces dispositions ne posent aucune difficulté lorsque le demandeur a quitté le territoire français avec son titre de séjour et l'a conservé. En revanche, s'il a remis son titre de séjour à l'administration lors de son départ sans en garder copie, la preuve de la détention du titre requis devient très difficile à apporter.

Interrogé par le Défenseur des droits, le ministre de l'Intérieur a indiqué que ce problème, ne concernant pas spécifiquement les Algériens mais tous les ressortissants étrangers sollicitant la délivrance d'un titre de séjour « retraité », résulte de ce que les archives des préfectures sont détruites après 5 ans de conservation. Dans certains cas, il n'existe donc plus aucun moyen d'établir une copie du certificat de résidence auparavant délivré par les services de la préfecture. Il appartient alors à l'étranger ayant résidé en France sous couvert d'un titre de séjour d'une durée de dix ans d'en rapporter la preuve par tous moyens, en produisant, si besoin, plusieurs justificatifs concordants.

**Pour éviter les situations de blocage, le Défenseur des droits demande au ministre de l'Intérieur d'intervenir auprès des préfets afin qu'ils encouragent leurs services à prêter une attention particulière aux cas où les étrangers sollicitant la délivrance d'un premier titre de séjour ou son renouvellement font état de l'impossibilité matérielle de produire l'une des pièces nécessaires à l'enregistrement du dossier : ces cas devraient être examinés avec souplesse, en particulier lorsque l'impossibilité d'enregistrer la demande de l'étranger peut emporter une interruption de ses droits ou le contraindre à renoncer à un emploi ou à un stage en entreprise.**

**Le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur d'intervenir, par voie de circulaire ou d'instruction, afin de prendre en compte les difficultés rencontrées dans certains pays**

**pour obtenir des documents auprès des officiers d'état civil et, s'agissant plus spécifiquement du cas des étrangers sollicitant un titre de séjour portant la mention « retraité », de préciser les documents susceptibles d'être présentés au titre de preuve de la détention antérieure d'un certificat de résidence ou d'une carte de résident lorsqu'un tel titre n'a pas été conservé par l'étranger.**

**Enfin, les durées d'utilité administrative des dossiers de demande de titres de séjour fixées par la circulaire DGP/SIAF/2011/021 du 15 novembre 2011<sup>98</sup> pourraient être réenvisagées au regard des difficultés rencontrées par certains ressortissants étrangers sollicitant la délivrance d'une carte portant la mention « retraité », ou d'autres difficultés tenant à la preuve d'une antériorité de séjour en France sous couvert de certains titres de séjour et non portées à la connaissance du Défenseur des droits. Une durée de 10 ans pourrait ainsi être retenue, puisque l'étranger doit, dans certains cas prévus par la loi, pouvoir apporter la preuve de sa résidence habituelle sur une telle période.**

### **c. Au stade de l'instruction des dossiers : des droits entravés par le non-respect des règles applicables et les délais trop longs**

L'article R.311-4 du CESEDA prévoit qu'« *il est remis à tout étranger admis à souscrire une demande de première délivrance ou de renouvellement de titre de séjour un récépissé qui autorise la présence de l'intéressé sur le territoire pour la durée qu'il précise.* »

Le récépissé vaut donc autorisation provisoire de séjour et, dans un certain nombre de cas énumérés par le CESEDA, il autorise son titulaire à travailler<sup>99</sup>. Précisant la notion d'« étranger admis à souscrire », le Conseil d'Etat considère que « *l'étranger a le droit, s'il a déposé un dossier complet, d'obtenir un récépissé de sa demande qui vaut autorisation provisoire de séjour* »<sup>100</sup>. Cette notion de « dossier complet » a elle-même été précisée dans une circulaire du 5 janvier 2012 du ministre de l'Intérieur<sup>101</sup>. Dès lors que l'étranger produit toutes les pièces requises par le CESEDA<sup>102</sup> – et seulement ces pièces – il doit se voir délivrer un récépissé, cela ne privant pas l'administration de la possibilité de demander par la suite, le cas échéant, d'autres pièces nécessaires à la bonne instruction du dossier.

En dépit de ce droit bien établi, le Défenseur se trouve régulièrement saisi de difficultés rencontrées par certains ressortissants étrangers qui, présentant un dossier complet à la préfecture, se voient délivrer en lieu et place d'un récépissé d'autres documents provisoires, tels que des attestations de dépôt – alors que le CESEDA limite strictement les cas où de telles attestations peuvent être délivrées<sup>103</sup> – ou

encore plusieurs convocations successives. Dans d'autres cas enfin, les préfetures délivrent des récépissés n'autorisant pas à travailler à des personnes qui auraient dû, en vertu de l'article R.311-6 du CESEDA, pouvoir en bénéficier.

De telles pratiques peuvent avoir des conséquences graves sur le droit à la vie privée et familiale des demandeurs. Ainsi, le Défenseur a eu connaissance d'une situation où le réclamant s'est vu contraint d'interrompre son activité professionnelle faute de disposer du récépissé autorisant à travailler auquel il avait pourtant droit. Sans ressources, il a dû quitter son logement. Dans un autre cas, une réclameante sollicitant le renouvellement de son titre de séjour pour raison médicale s'est vue radiée de la liste des demandeurs d'emploi car la préfecture ne lui délivrait que des convocations en dépit du dépôt d'un dossier complet. De manière générale, les interruptions du droit au séjour résultant de l'absence de délivrance de récépissés sont susceptibles d'emporter des ruptures de droit à prestations sociales particulièrement préjudiciables.

Dans ces cas, le Défenseur des droits intervient auprès des préfetures pour les alerter de ces situations, faire cesser les pratiques illégales et leur rappeler le droit applicable en matière de délivrance de récépissés<sup>104</sup>.

Par ailleurs, s'agissant des étrangers en situation irrégulière sollicitant une admission exceptionnelle au séjour<sup>105</sup>, le rapport rendu par l'IGA en décembre 2014 fait état d'une tendance des préfetures à leur délivrer des attestations de dépôt en lieu et place de récépissés. Or, si la circulaire du 28 novembre 2012 relative à l'admission exceptionnelle au séjour rappelle expressément l'obligation de leur délivrer un récépissé, ses termes demeurent néanmoins relativement imprécis quant aux conditions nécessaires à sa délivrance : il est seulement indiqué que les services préfectoraux doivent procéder à l'enregistrement du dossier et délivrer un récépissé de 4 mois « *dès lors que l'examen des dossiers à la lumière des critères établis ci-après aura été positif* »<sup>106</sup>. Une telle formulation laisse une large marge d'appréciation aux services préfectoraux et peut contribuer à accentuer les difficultés à obtenir un récépissé rencontrées par les étrangers sollicitant une telle admission au séjour.

#### **Le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur :**

- de rappeler aux préfets qu'ils ont l'obligation de délivrer un récépissé à tout étranger déposant un dossier de première demande ou de renouvellement de titre de séjour complet. La notion de « dossier complet » pourrait être précisée au regard des nouvelles listes de pièces nationales établies par la Direction de l'immigration ;**

- **de demander aux préfets de veiller à ce que leurs services respectent scrupuleusement les dispositions du CESEDA s'agissant de la délivrance des récépissés autorisant à travailler et de rappeler que la délivrance de récépissés n'autorisant pas à travailler à des étrangers qui auraient pourtant dû en bénéficier est susceptible d'engager la responsabilité de l'administration dès lors que cette illégalité peut emporter un préjudice grave pour le demandeur comme la perte d'emploi ;**
- **de préciser les termes de la circulaire du 28 novembre 2012 relatifs aux conditions de délivrance d'un récépissé aux étrangers sollicitant leur admission exceptionnelle au séjour en énumérant les pièces nécessaires à la constitution d'un dossier complet.**

Le non-respect du droit applicable à la délivrance de récépissés emporte des conséquences d'autant plus préjudiciables que, dans certaines préfectures, les délais de traitement des dossiers sont excessivement longs. Sans récépissé, ces étrangers demeurent, durant toute la durée de l'instruction de leur dossier, sans droit au séjour, et donc privés de la possibilité de travailler ou d'accéder à certaines prestations sociales.

Et, même dans le cas où les étrangers se voient délivrer ces récépissés, les délais de traitements excessifs les maintiennent dans une situation précaire susceptible de porter atteinte à leur vie privée et familiale. A titre d'exemple, le Défenseur des droits a été saisi du cas d'une étudiante bénéficiant d'un récépissé de trois mois et dont l'employeur avait rompu le contrat de professionnalisation par crainte qu'elle ne puisse aller au terme de son engagement. Même si, dans ce cas, c'est l'attitude de l'employeur qu'il convient d'examiner en premier lieu en ce qu'elle constitue une discrimination fondée sur la nationalité, une telle situation est néanmoins révélatrice des entraves que peuvent subir les étrangers demeurant trop longtemps sous couvert de récépissés.

Enfin, les délégués territoriaux du Défenseur des droits intervenant sur le terrain constatent qu'à ces délais d'instruction excessifs s'ajoutent d'importantes lacunes quant à l'information fournie aux usagers étrangers : bien souvent, ceux-ci ne parviennent pas, en dépit de multiples tentatives, à joindre les services préfectoraux pour connaître l'état d'instruction de leur dossier. Dans certains cas extrêmes, il arrive même qu'ils apprennent finalement que celui-ci a été égaré. A cet égard, le rapport de l'IGA précité relève que certains sites n'enregistrent pas immédiatement les dépôts de dossiers dans

le logiciel AGDREF<sup>107</sup>, ce qui peut évidemment nuire au bon suivi des dossiers et favoriser le risque de perte.

A plusieurs reprises, le ministre de l'Intérieur est intervenu par voie de circulaire<sup>108</sup> pour inciter les préfetures à analyser et modifier leurs procédures de façon à réduire ces délais de traitement et améliorer l'information des usagers étrangers. L'annexe III de la circulaire du 4 décembre 2012 propose d'ailleurs un « *Guide des leviers d'amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture* », composé de 15 fiches exposant et analysant différentes mesures susceptibles d'être mises en place par les préfetures, en fonction de leur situation respective, en vue d'améliorer l'accueil et l'instruction des demandes de leurs usagers étrangers. Parmi ces leviers d'action se trouvent la promotion de la procédure de prise de rendez-vous et le développement de l'accueil dématérialisé. Si de telles mesures peuvent s'avérer pertinentes dans certains cas, elles sont en revanche susceptibles, dans d'autres, d'emporter des conséquences inverses à l'objectif poursuivi en retardant encore plus l'accès des étrangers à la procédure, voire en la rendant quasiment impossible.

Les fiches du « *Guide des leviers d'amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture* » mettent d'ailleurs en garde contre les risques et points de vigilance que comportent chacune des améliorations proposées. Ainsi, s'agissant du développement de la procédure de rendez-vous, elles précisent que la mise en place d'une telle mesure, pour être efficace, suppose qu'une attention particulière soit portée à la maîtrise des délais entre la remise de la convocation et la date de rendez-vous qui « *doivent rester raisonnables (inférieurs à deux mois)* ».

En dépit de ces préconisations, le Défenseur des droits se trouve saisi de situations où les délais sont déraisonnables. A titre d'exemple, un délai de presque une année entre la date de délivrance de la convocation et le rendez-vous a pu être observé.

Pire, dans certains cas, les demandeurs n'arrivent jamais à obtenir de rendez-vous, le volume de plages horaires proposées s'avérant manifestement insuffisant au regard de la demande. Dans ce cas, et en l'absence de moyen alternatif de prise de rendez-vous, les demandeurs se trouvent, de fait, du droit de déposer une demande. Les délégués territoriaux du Défenseur des droits constatent que le développement de la procédure de rendez-vous soulève d'autres difficultés lorsqu'il passe non pas par la remise de convocations mais par la mise en ligne, sur Internet, de plates-formes de rendez-vous : celles-ci se trouvent très rapidement saturées, ce qui conduit à des propositions de rendez-vous dans des délais particulièrement excessifs. Les délégués territoriaux présents sur place ont constaté par exemple que,

très rapidement, une plate-forme ouverte le 2 novembre 2015, ne proposait plus de rendez-vous avant le mois d'octobre 2016.

Plus généralement, le développement de l'accueil dématérialisé soulève la question des discriminations qu'il est susceptible d'engendrer à l'égard des étrangers qui n'auraient pas accès à Internet ou aux outils nécessaires pour en bénéficier, ou qui ne maîtriseraient pas suffisamment la langue française pour pouvoir utiliser les outils proposés. Le rapport « *A guichets fermés* » que la Cimade a rendu public le 16 mars 2016 en atteste tout particulièrement.

**Le Défenseur des droits recommande au ministère de l'Intérieur d'intervenir par voie de circulaire ou d'instruction pour demander aux préfets :**

- **s'agissant de l'information des usagers et de la bonne instruction de leurs dossiers :**
  - de vérifier que le site Internet de leur préfecture offre le maximum d'informations utiles aux usagers étrangers (heures d'ouverture par type de demande, informations sur les procédures, mise en téléchargement des listes de pièces et formulaires) ;
  - de veiller à ce que leurs services enregistrent immédiatement les dossiers déposés dans le logiciel AGDREF et établissent une fiche de suivi pour chaque dossier ;
- **s'agissant du développement des procédures de rendez-vous et/ou d'accueil dématérialisé :**
  - de procéder à un diagnostic précis de la situation de l'accueil des étrangers dans leurs services afin de vérifier l'opportunité de développer ces procédures ;
  - d'adapter le nombre de créneaux de rendez-vous offerts, ou de renoncer à la généralisation de ces procédures lorsqu'elles donnent lieu à des délais déraisonnables - supérieurs à deux mois - entre la délivrance de la convocation et la date du rendez-vous fixé ;
  - de vérifier que l'accueil dématérialisé et la mise en ligne d'une plate-forme de rendez-vous n'induisent aucune discrimination. En aucun cas ces dispositifs ne doivent se substituer à l'accueil physique et des alternatives doivent toujours être réservées pour les personnes n'ayant pas accès à Internet ou ne maîtrisant pas suffisamment la langue française pour pouvoir utiliser les outils proposés ;
  - en cas de mise en place d'un accueil téléphonique, de veiller à y consacrer un personnel suffisant pour que la ligne ne soit pas saturée ;



- **en cas de mise à disposition d'une adresse courriel dédiée, de veiller à y consacrer un personnel suffisant pour garantir un délai de réponse raisonnable, inférieur à 3 jours.**

Précarité et extranéité entretiennent des liens étroits, la présence des étrangers sur le territoire de l'Etat de résidence dont ils n'ont pas la nationalité ne résultant que de la volonté discrétionnaire de cet Etat. Toutefois, le basculement opéré dans les années 80 et l'objectif, jamais abandonné depuis, de maîtrise des flux migratoires a considérablement accentué cet état de fait<sup>109</sup>.

Dans la mesure où la maîtrise de l'immigration vise autant la lutte contre l'immigration irrégulière que la réduction d'une partie de l'immigration légale, la situation des étrangers vivant régulièrement en France s'en trouve fortement dégradée. Certaines catégories d'étrangers, dont on estimerait davantage « subir » la présence que la « choisir » seront dans ce contexte particulièrement affectées par cette précarisation.

## B. DES CATÉGORIES D'ÉTRANGERS PARTICULIÈREMENT AFFECTÉES PAR LA PRÉCARITÉ DU DROIT AU SÉJOUR

### 1. Les mineurs isolés devenus majeurs

Plusieurs dispositions du CESEDA envisagent l'accès au séjour des mineurs isolés devenus majeurs ou des mineurs âgés de 16 à 18 ans souhaitant exercer une activité salariée. Cet accès est, selon les situations, de plein droit ou, au contraire, soumis au pouvoir discrétionnaire du préfet.

Le Défenseur des droits est régulièrement amené à solliciter des préfets le réexamen de la situation de mineurs isolés rencontrant, à leur majorité, des difficultés d'accès au séjour.

Ces difficultés concernent en premier lieu les mineurs confiés à l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE) après l'âge de 16 ans et suivant une formation professionnelle qualifiante puisque, pour eux, la possibilité de se voir délivrer une carte de séjour « salarié » ou « travailleur temporaire » est subordonnée à l'appréciation discrétionnaire dont dispose le préfet<sup>110</sup>.

Toutefois, les mineurs isolés confiés à l'ASE avant l'âge de 16 ans rencontrent également des obstacles dans l'accès au séjour, alors même que l'article L.313-11 2<sup>o</sup> *bis* du CESEDA prévoit pour eux la délivrance d'un titre de séjour de plein droit « vie privée et familiale ». En effet, cette délivrance est en réalité assortie de nombreuses réserves qui tendent finalement à octroyer une certaine marge d'appréciation aux préfets.

Parmi ces réserves, il y a lieu de s'arrêter sur celle qui engage les préfets à tenir compte de « *la nature des liens avec la famille restée dans le pays d'origine* »<sup>111</sup>. La formulation d'une telle considération apparaît en effet discutable dès lors qu'elle pourrait encourager les mineurs à rompre les liens qu'ils seraient parvenus à conserver avec leur famille, au risque d'aggraver la situation d'isolement et d'extrême vulnérabilité dans laquelle ils se trouvent déjà. Elle est d'ailleurs peu cohérente avec la prise en charge assurée par les services de l'ASE, qui s'efforcent au contraire de travailler avec les familles pour préserver ces liens. En outre, le fait que le mineur isolé ait pu conserver des liens avec sa famille dans son pays d'origine ne signifie pas pour autant qu'un retour de celui-ci dans son pays soit envisageable.

Il est de surcroît nécessaire de préciser que la lettre du CESEDA fait référence au mineur « confié » au service de l'ASE. Interprétant très strictement ce terme, certaines préfectures exigent des jeunes qu'ils produisent la décision du juge des enfants ou du juge des tutelles les confiant à l'ASE. Or, le Défenseur des droits constate de nombreux cas où les mineurs étaient pris en charge par les services de l'ASE au titre du recueil administratif prévu à l'article L.223-2 du code de l'action sociale et des familles. Dans ce cas, les jugements venant confirmer cette prise en charge peuvent n'intervenir que plusieurs mois après, voire quelques années. Les mineurs isolés étrangers ne devraient pas pâtir de délais dont ils ne peuvent être tenus pour responsables. En conséquence, la lettre de l'article L.313-11-2 bis du CESEDA devrait être modifiée pour supprimer le terme « confié » et faire référence à la notion plus large de « prise en charge ».

Les réserves et interprétations restrictives évoquées ci-dessus tendent à conférer une dimension aléatoire à l'accès au séjour *de plein droit* des mineurs isolés confiés à l'ASE avant l'âge de 16 ans.

Par ailleurs, le pouvoir discrétionnaire dont disposent les préfets dans l'appréciation du droit au séjour des mineurs isolés devenus majeurs, qu'ils aient été confiés à l'ASE avant ou après l'âge de 16 ans, les conduit parfois à délivrer, en lieu et place des cartes de séjour temporaires « vie privée et familiale », « salarié » ou « travailleur temporaire » expressément prévues par le CESEDA, des cartes de séjour portant la mention « étudiant ».

Cette pratique s'inspire des termes d'une circulaire du 28 novembre 2012<sup>112</sup>, laquelle appelle les préfets à faire un usage bienveillant des dispositions du CESEDA à l'endroit des mineurs isolés confiés à l'ASE après leurs 16 ans en les invitant à leur délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention « étudiant » lorsqu'ils démontrent poursuivre des études secondaires ou universitaires avec assiduité et sérieux. Or, si ces consignes, qui visent à favoriser l'accès au sé-

jour des mineurs confiés à l'ASE après l'âge de 16 ans, partent d'une bonne intention, elles ne sauraient toutefois être utilisées pour faire obstacle à la délivrance d'un titre de séjour plus adéquat auquel le mineur devenu majeur pourrait prétendre. En effet, le droit au séjour conféré par les cartes « étudiant » est précaire, puisque les titulaires de ces cartes doivent en principe regagner leur pays d'origine au terme de leurs études. En outre, ils ne bénéficient que d'un droit au travail limité à 60 % de la durée annuelle légale du travail, ce qui peut s'avérer problématique pour la conclusion de contrat de qualification ou d'alternance.

Ainsi, de tels titres de séjour devraient être réservés aux seuls étudiants poursuivant un cursus universitaire ainsi qu'aux jeunes entrés sur le territoire en tant que mineurs isolés mais qui ne pourraient se prévaloir des dispositions spécifiques du CESEDA, soit que leur minorité ait été contestée, soit que leur arrivée tardive et les délais de procédures – dont ils ne peuvent être tenus pour responsables – aient empêché l'accès à une prise en charge par l'ASE.

Le Défenseur des droits estime que, du fait de la situation de vulnérabilité particulière dans laquelle ils se trouvent, les mineurs isolés pris en charge par le service de l'ASE, qu'ils l'aient été avant ou après l'âge de seize ans, doivent être assurés de pouvoir bénéficier d'un droit au séjour pérenne lorsqu'ils accéderont à la majorité. Une telle perspective constitue en effet une condition essentielle à la réussite du parcours d'insertion et d'intégration engagé avec les services de l'aide sociale à l'enfance.

**Pour sécuriser l'accès au séjour des mineurs isolés étrangers devenus majeurs, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur qu'une réforme législative soit initiée afin de :**

- **modifier l'article L.313-12 2° bis du CESEDA de telle sorte que la délivrance de plein droit d'un titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale » soit garantie à tous les mineurs isolés étrangers « pris en charge » - et non seulement « confiés » - par le service de l'aide sociale à l'enfance durant leur minorité, que cette prise en charge ait eu lieu avant ou après leur 16 ans. Cette délivrance de plein droit devrait être garantie sans aucune réserve ou, à défaut, aux seules réserves du caractère réel et sérieux du suivi de la formation et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion du jeune dans la société française, sans que la nature des liens avec la famille restée dans le pays d'origine ne puisse, comme c'est actuellement le cas, influencer le sens de la décision ;**
- **prévoir que les mineurs isolés étrangers entrés en France durant leur minorité mais n'ayant pu bénéficier d'une prise en**

**charge par un service de l'aide sociale à l'enfance, puissent, dès lors qu'ils justifient poursuivre avec sérieux un parcours de formation professionnalisant ou universitaire, se voir délivrer, *a minima*, un titre de séjour portant la mention « étudiant » le temps de l'aboutissement de leur cursus de formation.**

## 2. Les personnes malades

Les étrangers malades rencontrent des difficultés de différents ordres dans leurs relations avec les services des préfectures. Si l'état de santé peut fonder l'admission au séjour des personnes étrangères (a), il est aussi, dans le même temps, un facteur de refus de droits pourtant prévus par la loi (b). Parfois, les pratiques illégales des préfectures ne font que se superposer à une législation trop peu protectrice, notamment à l'égard des parents accompagnant en France leur enfant malade (c).

### a. Les entraves au droit au séjour pour soins

Les personnes étrangères gravement malades ont d'abord bénéficié d'un droit à ne pas être éloignées du territoire français<sup>113</sup>, avant de se voir reconnaître, en 1998<sup>114</sup>, un véritable droit au séjour pour raisons médicales. L'article L.313-11 11° du CESEDA prévoyait ainsi la délivrance de plein droit d'une carte « vie privée et familiale » à l'étranger résidant habituellement en France lorsque, d'une part, son état de santé nécessitait une prise en charge dont le défaut entraînerait pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et sous réserve, d'autre part, qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine.

En 2011, la condition liée à *l'impossibilité d'accéder effectivement* à un traitement a été remplacée par celle de *l'absence d'un traitement* approprié dans le pays d'origine<sup>115</sup>. Cette nouvelle formule, ignorant les conditions matérielles et sociales dans lesquelles les intéressés pourront ou non réellement accéder à ce traitement, est évidemment moins protectrice.

Sans toutefois revenir à la rédaction de 1998, la récente loi du 7 mars 2016<sup>116</sup> a réintroduit la notion d'accès effectif à un traitement approprié. Dans ses avis n°s [15-17](#), [15-20](#) et [16-02](#) précités, le Défenseur des droits a salué cette amélioration. En effet, le fait qu'un traitement existe dans un pays n'implique pas nécessairement que l'intéressé puisse y accéder. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que la nature et la gravité des conséquences d'un retour dans le pays d'origine devaient s'apprécier en tenant non seulement compte de l'existence du traitement dans le pays d'origine, mais également de son accessibilité

socio-économique ou encore des circonstances exceptionnelles liées à la situation personnelle du malade<sup>117</sup>.

Les dispositions relatives au séjour pour soins dans la loi du 7 mars 2016 n'entrant en vigueur que début 2017, les développements ci-dessous concernent les difficultés rencontrées par les personnes malades étrangères sollicitant leur admission au séjour sur le fondement des dispositions actuellement en vigueur. Toutefois, la nouvelle législation n'apporte pas de réelles pistes de résorption de ces difficultés, lesquelles risquent de perdurer.

Les faits qui sont rapportés ci-après découlent des réclamations dont le Défenseur des droits est saisi depuis 5 ans, du témoignage de certains membres du groupe du travail « malades étrangers »<sup>118</sup>, ainsi que de rapports d'observations, notamment celui de l'Observatoire des malades étrangers publié par AIDES<sup>119</sup>. Les obstacles à l'accès aux droits des personnes malades étrangères en rétention administrative seront abordés ultérieurement [voir : PI-III-B-2-c].

Les entraves à l'accès au séjour des personnes étrangères malades sont constatées à plusieurs stades de la procédure.

Elles concernent, en premier lieu, l'**accueil** des malades en préfectures.

Le CESEDA imposant aux étrangers désireux de faire une demande de titre de séjour de se déplacer en personne en préfecture, les personnes hospitalisées se retrouvent dans l'impossibilité d'entreprendre ce type de démarches, alors même que leur état de santé, particulièrement dégradé, pourrait justifier que leur soit délivré un titre de séjour pour soins. Au-delà des textes défailants, les pratiques d'accueil des malades posent d'importants problèmes au regard du droit au respect de la vie privée et du secret médical. Certaines préfectures mettent en effet en place un *numerus clausus* et des files d'attente différentes en fonction du motif de la demande de séjour. Les personnes malades peuvent ainsi, outre la difficulté d'accéder aux guichets, être placées dans une salle d'attente spécifique ou, à tout le moins, être repérées en raison de leur état de santé.

En second lieu, le Défenseur constate que la condition relative à la preuve de la résidence habituelle en France du demandeur engendre, au stade de l'**enregistrement** des demandes, des difficultés spécifiques.

En effet, pour accéder à la carte « vie privée et familiale » mentionnée à l'article L.313-11 du CESEDA, la personne malade doit justifier d'une résidence habituelle en France depuis plus de douze mois. Toutefois, le CESEDA prévoit que, à défaut de remplir cette condition de rési-

dence habituelle, la personne étrangère malade peut se voir délivrer une autorisation provisoire de séjour (APS) renouvelable pendant toute la durée du traitement<sup>120</sup>.

Or, certaines préfectures refusent tout simplement d'enregistrer les demandes présentées par des personnes ne justifiant pas d'une résidence habituelle en France depuis plus de 12 mois. De tel refus sont illégaux et leur persistance est d'autant plus regrettable que plusieurs instructions du ministre de l'Intérieur, dont l'une de 2014, rappellent expressément que « *la condition de résidence habituelle ne doit en aucun cas constituer un préalable à l'acceptation du dossier médical* »<sup>121</sup> ou encore que « *lorsque cette condition de résidence habituelle n'est pas remplie* », il appartient néanmoins aux services de la préfecture « *d'enregistrer la demande d'admission au séjour* »<sup>122</sup>.

En outre, il arrive fréquemment que des pièces non prévues par les textes soient exigées pour preuve de cette résidence habituelle. Certaines préfectures exigent ainsi 12 justificatifs différents, un pour chaque mois. Or, la condition de résidence habituelle ne peut être envisagée ainsi : elle s'apprécie au regard d'un faisceau d'indices et le demandeur doit être mis à même de rapporter tout élément factuel de nature à attester de cette antériorité de présence, des éléments même dérisoires pouvant contribuer à la démontrer lorsqu'ils ne sont pas isolés.

De même, le passeport est une pièce fréquemment demandée aux intéressés. Cette pratique a pourtant été censurée par le Conseil d'Etat<sup>123</sup>. Une instruction interministérielle du 10 mars 2014 est également venue rappeler aux préfets qu'ils ne pouvaient imposer la production d'une telle pièce, dès lors que les étrangers sollicitant leur admission au séjour pour raisons médicales n'ont pas à apporter la preuve de leur entrée régulière sur le territoire<sup>124</sup>. La même instruction rappelle qu'en tout état de cause, les agents des services préfectoraux doivent, s'agissant des pièces exigibles, se conformer à la liste nationale des pièces diffusée par la circulaire de la direction de l'immigration du 21 janvier 2014. Le Défenseur constate toutefois que cette circulaire n'a jamais été publiée, alors qu'une publication serait de nature, d'une part, à permettre aux malades étrangers de faire davantage valoir leurs droits et, d'autre part, à garantir une application plus uniforme du droit au sein des préfectures.

Les malades étrangers rencontrent ensuite des difficultés au stade de l'**instruction** du dossier, puisqu'ils peuvent se heurter à des refus de délivrance de récépissés. Pourtant, cette délivrance, de même que le renouvellement du récépissé tout au long de l'instruction, s'impose à l'administration en vertu d'une obligation réglementaire<sup>125</sup>. Cette violation des textes, préjudiciable pour tout étranger [voir *supra*, PI-

A-2-c], l'est particulièrement pour la personne malade qui ne pourra percevoir des prestations liées à son état de santé, faute de pouvoir démontrer son droit au séjour.

Un dernier point d'achoppement réside enfin dans les décisions prises au terme de l'instruction des dossiers.

D'abord, il n'est pas rare qu'en cas d'*acceptation* de leur demande, des personnes malades résidant en France depuis plus de 12 mois se voient délivrer l'APS prévue à l'article R.313-22 du CESEDA en lieu et place d'une carte de séjour temporaire d'un an portant la mention « vie privée et familiale ». Ces entraves à l'accès à un titre de séjour pourtant exigible de plein droit s'expliquent par les preuves exorbitantes exigées par certaines préfectures pour établir les 12 mois de présence en France.

Ensuite, le Défenseur est régulièrement saisi de cas de *refus* d'admission au séjour pour soins opposés en dépit de l'avis favorable rendue le médecin de l'agence régionale de santé (MARS), ou, pour Paris, le médecin chef du service médical de la Préfecture de Police.

En effet, la procédure d'admission au séjour pour raison médicale se déroule en deux temps. Dans un premier temps (phase médicale), le MARS (ou chef du service médical de la Préfecture de Police pour Paris), saisi par un médecin hospitalier ou un médecin agréé par la préfecture, rend un avis sur l'état de santé de l'intéressé. Cet avis, transmis à la préfecture, répond à des questions sur la nécessité d'une prise en charge et l'absence de traitement approprié dans le pays d'origine. En revanche, dans le respect du secret médical, il ne délivre aucune indication relative à la pathologie de l'intéressé. Ensuite, la préfecture rend sa décision sur l'admission en s'appuyant sur cet avis (phase administrative). Elle conserve toutefois un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et peut, par exemple, refuser d'admettre au séjour une personne bénéficiant d'un avis favorable du MARS en se fondant sur des considérations d'ordre public ou, au contraire, admettre au séjour une personne bénéficiant d'un avis défavorable du MARS en se fondant sur le caractère exceptionnel de sa situation.

Or, depuis 2012, les refus d'admission au séjour pour soins opposés par les préfets en dépit d'un avis favorable du MARS augmentent. Ce phénomène est la conséquence de stratégies nouvelles déployées par l'administration aux fins de découvrir la pathologie de l'intéressé et d'investir la partie médicale de la procédure de l'admission au séjour. Ces stratégies se révèlent à deux niveaux.

En premier lieu, les services de la préfecture ciblent les éléments de preuve de présence qu'elles demandent, en expliquant par exemple aux demandeurs que les attestations de rendez-vous médicaux se-

ront prépondérantes. Dès lors, les étrangers sont incités à fournir des documents susceptibles de dévoiler la nature de leur pathologie. A partir de ces éléments et de la nationalité de l'étranger, certaines préfectures mèneraient une contre-enquête en prenant attache avec des médecins rattachés aux ambassades dans les pays d'origine pour déterminer si les traitements appropriés sont bien, comme l'indique le MARS (ou chef du service médical de la Préfecture de Police pour Paris), inexistantes. Ce faisant, les services de la préfecture se substituent aux médecins pour se forger leur propre conviction.

Au cours des auditions menées par les services du Défenseur, des représentants du ministère de l'Intérieur expliquaient le recours à ces pratiques par la nécessité, d'une part, de lutter contre les fraude et par le fait, d'autre part, que les données dont disposent les MARS sur l'état sanitaire des pays de renvoi ne sont pas toujours à jour. Par courrier du 11 février 2016, le Conseil de l'ordre des médecins a fait part au Défenseur des droits de ses inquiétudes relatives à ces contre-enquêtes administratives dont il avait également été informé.

En second lieu, le secret médical peut être levé au cours de la phase contentieuse. Alors que la multiplication des refus d'admission au séjour rendus après avis favorable des MARS augmente les contestations contentieuses devant les tribunaux administratifs, il semblerait, au vu des éléments d'information portés à la connaissance du Défenseur par les membres du groupe de travail « malades étrangers », que ce risque contentieux semble être assumé par certaines préfectures. Selon les termes mêmes du médecin conseil du ministère de l'Intérieur, rapportés dans un document de suivi utilisé par la Préfecture des Pyrénées-Orientales, une telle contestation peut en effet permettre « *de connaître par le biais des certificats médicaux présentés la pathologie* » de l'intéressé, ce dernier étant parfois contraint, pour se défendre face à une administration qui cherche à vérifier en lieu et place du médecin l'existence d'un traitement approprié dans le pays d'origine, de lever lui-même le secret médical sur sa pathologie.

Les difficultés liées à l'investissement par les préfectures de la phase médicale de la demande d'admission au séjour pour soins font encore à ce jour l'objet d'une instruction approfondie par les services du Défenseur, lequel aura l'occasion de rendre publiques les conclusions du groupe de travail. Elles sont parallèlement soulignées par plusieurs acteurs. En 2013, le syndicat des médecins inspecteurs de santé publique (SMISP), représentant la très grande majorité des MARS, dénonçait le fait que les préfets refusent l'admission au séjour après un avis favorable du médecin de l'ARS<sup>126</sup>. En octobre 2014, le magistrat François BEROUJON relevait quant à lui que les décisions de refus de séjour après avis favorable du MARS, encore inexistantes



en 2011, surprenaient et rendaient très complexe la conciliation entre la recherche de la preuve et la préservation du secret médical<sup>127</sup>, peu compatible avec la volonté du législateur qui, en 1998 comme en 2011, n'a jamais cessé de considérer que seul le médecin était compétent pour déterminer si l'état de santé de l'intéressé nécessitait une prise en charge et si celle-ci existait ou non dans le pays d'origine. Le sens de cette volonté avait d'ailleurs été précisé dans les conclusions du Rapporteur public, M. Mattias Guyomar, lorsqu'il rappelait que le préfet, en cas de doute sur l'avis du MARS, pouvait toujours solliciter un autre avis<sup>128</sup>.

En transférant aux médecins de l'Office Français de l'Immigration et de l'Intégration (OFII) – placés sous la tutelle du ministère de l'Intérieur – la compétence auparavant dévolue aux MARS – placés sous la tutelle du ministère de la Santé – de se prononcer sur le volet médical de la procédure de demande de titre pour raison médicale, la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers consacre la tendance à faire primer des considérations liées à la maîtrise de l'immigration sur celles liées à la protection de la santé (avis du Défenseur des droits n<sup>os</sup> [15-17](#), [15-20](#) et [16-02](#) précités sur le projet de loi). Le Haut Comité de la Santé Publique constatait déjà en 1993 qu'il était totalement inapproprié que des missions médicales relevant du ministère de la Santé soient confiées à une autre administration<sup>130</sup>.

Avant de conclure, il convient d'ajouter que la prééminence de la police des étrangers sur le droit fondamental à la protection de la santé et le droit à la vie, a des conséquences non plus seulement sur la phase administrative de la procédure d'admission au séjour mais aussi sur sa dimension médicale. Dès 2007, les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) ont fait connaître publiquement les pressions qu'ils recevaient lorsque leur taux d'avis favorables au maintien des étrangers sur le territoire était jugé trop élevé. En 2008, une pétition avait même été signée après que deux médecins ont été mis en cause pour aide au séjour irrégulier dans le cadre de leurs fonctions, sans qu'aucune charge ne soit finalement retenue contre eux.

Près de 10 ans plus tard, la reprise en main de ces questions par le ministère de l'Intérieur, concomitamment au désengagement du ministère de la Santé, conduit à ce que les directives de ce dernier ne soient plus respectées. Citons par exemple l'instruction du 11 novembre 2011<sup>131</sup> par laquelle le ministère de la Santé adresse aux médecins des ARS des recommandations spécifiques à l'égard de certaines pathologies. Ces préconisations sont notamment très claires s'agissant des personnes infectées par le VIH, l'annexe 2 de l'instruction précisant que « *dans l'ensemble des pays en voie de développement, l'accès nécessaire à la surveillance médicale et aux soins n'est toujours*

*pas garanti* » pour ces dernières. Or, plusieurs associations, parmi lesquelles l'ODSE et AIDES, ont appelé l'attention du Défenseur sur le fait que, depuis 2014, l'admission au séjour a été refusée à au moins 20 personnes porteuses du VIH sur la base d'avis défavorables des MARS. La ministre de la Santé, interpellée par l'ODSE, des parlementaires et le COREVIH, a décidé de diffuser de nouveau des consignes aux ARS, en faisant toutefois le choix de ne pas demander aux médecins de revenir sur les avis défavorables déjà rendus.

#### **Le Défenseur des droits :**

- **déplore la persistance de pratiques illégales, non isolées, dans l'accès aux titres de séjour pour soins, d'autant plus condamnables que le droit fondamental qui est en jeu est celui à la protection de la santé ;**
- **constate et regrette la prééminence de la préoccupation liée à la lutte contre la fraude dans le discours des représentants du ministère de l'Intérieur et de l'OFII, auditionnés dans le cadre du groupe de travail « malades étrangers », cette focalisation étant de nature à imprégner l'état d'esprit dans lequel les services des préfectures instruisent les dossiers.**

**S'agissant de la phase administrative des demandes de titres de séjour pour soins, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur :**

- **d'initier, à l'instar de ce qui est prévu pour les détenus dans les établissements pénitentiaires, la conclusion de conventions entre les préfectures et les hôpitaux ou cliniques dans lesquels peuvent être hospitalisés les étrangers désireux d'accéder au droit au séjour, notamment pour raisons médicales ;**
- **de demander aux préfets de rappeler une nouvelle fois à leurs services qu'ils ne peuvent refuser l'enregistrement d'une demande au motif que la présence de l'étranger en France serait inférieure à 12 mois et d'envisager la possibilité d'engager, le cas échéant, une procédure disciplinaire à l'encontre des agents qui persisteraient à ne pas suivre ces instructions ;**
- **de rendre publique la circulaire du 21 janvier 2014 fixant une liste unique de pièces exigibles pour enregistrer et instruire une telle demande et, qu'en tout état de cause, il soit rappelé que la présentation du passeport n'est pas un préalable à l'enregistrement des dossiers.**

**Le Défenseur des droits rappelle qu'en tant que décisions administratives illégales, ces pratiques sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat.**

**S'agissant de la phase médicale des demandes de titres de séjour pour soins, le Défenseur des droits préconise que :**

- le ministère de la Santé réitère ses instructions du 11 novembre 2011 concernant l'absence de traitement contre le VIH dans l'ensemble des pays en voie de développement. Ces instructions devraient être adressées tant aux médecins de l'ARS qu'aux médecins de l'OFII qui prendront prochainement en charge l'évaluation médicale des étrangers ;
- en dehors des considérations d'ordre public, l'avis des médecins des ARS (ou du médecin chef du service médical de la Préfecture de Police de Paris) lie le préfet dans sa décision d'admission au séjour lorsque ces avis sont favorables au maintien de la personne malade sur le territoire français au regard de sa pathologie et de son impossible prise en charge dans son pays d'origine. En aucun cas, il n'appartient aux services préfectoraux de se substituer aux médecins pour procéder à cette évaluation médicale. En cas d'avis défavorable des MARS, le préfet doit en revanche garder toute latitude pour admettre au séjour l'intéressé, conformément au pouvoir discrétionnaire dont il dispose, et notamment si un droit fondamental est en cause (intérêt supérieur de l'enfant, droit de mener une vie familiale normale).

#### **b. Les refus illégaux de droits pris en considération de l'état de santé**

Les étrangers malades admis au séjour pour raison médicale peuvent rencontrer des difficultés lorsqu'ils sollicitent un titre de séjour plus pérenne, tel que la carte de résident.

Le Défenseur des droits a été saisi à plusieurs reprises de refus oraux opposés par les services de la Préfecture de Police de Paris à une telle demande, aux motifs que les étrangers admis au séjour pour des raisons de santé n'auraient pas vocation, par principe, à séjourner durablement en France et ne pourraient donc pas bénéficier de carte de résident.

Or, l'article L.314-8 du CESEDA se borne à indiquer que la délivrance d'une carte de résident est notamment soumise – pour les étrangers qui ne peuvent en bénéficier de plein droit – à une condition d'antériorité de résidence en France de 5 ans sous couvert d'une carte « vie privée et familiale », sans faire aucune distinction selon le motif pour lequel une telle carte aurait été délivrée (enfants ou conjoints de Français, raisons médicales, liens avec la France, etc.).

Une telle pratique est donc illégale. Elle revêt en outre un caractère discriminatoire contraire aux articles 14 et 8 de la CEDH dans la me-

sure où, en se fondant sur l'objet du séjour de l'intéressé et, partant, son état de santé, elle exclut systématiquement du bénéfice de la carte de résident les étrangers admis au séjour pour soins.

Saisis de réclamations individuelles, le Défenseur des droits a décidé à deux reprises de présenter des observations devant le Tribunal administratif de Paris, lequel a chaque fois fait droit aux demandes d'annulation présentées et enjoint au Préfet de Police de délivrer aux requérants une carte de résident (décisions n° [MLD-2012-77](#) et n° [MLD-2014-100](#))<sup>132</sup>. Le juge a en effet retenu que le Préfet de Police avait commis une erreur de droit « *en refusant de délivrer (...) le titre de résident (...) au seul motif qu'il avait été admis au séjour en raison de son état de santé* ». Aussi, même s'il n'a pas retenu de façon explicite la méconnaissance des stipulations de l'article 14 combiné avec 8 de la Convention EDH, le juge administratif a toutefois clairement indiqué que l'objet du séjour, en l'espèce l'état de santé, ne pouvait constituer un motif légitime pour établir une telle différence de traitement.

**Conscient que ces pratiques ne sont pas isolées, le Défenseur des droits, demande au ministre de l'Intérieur de rappeler aux services en charge de l'admission des étrangers en France les termes des deux jugements rendus par le tribunal administratif de Paris afin de mettre un terme aux refus discriminatoires de cartes de résident opposés aux étrangers résident en France depuis plus de 5 ans sous couvert de cartes « vie privée et familiale » délivrées pour raisons de santé.**

### **c. Le statut fragile des parents étrangers d'enfants malades**

Dans son premier avis sur le projet de loi relatif au droit des étrangers (avis n° [15-17](#)), le Défenseur des droits avait déploré que le texte reste muet sur le séjour des parents étrangers d'enfants malades, dont le statut mériterait pourtant d'être réformé. Si deux améliorations importantes ont finalement été adoptées par le Parlement, le Défenseur des droits, ainsi qu'il l'a précisé dans ses deux autres avis (n°s [15-20](#) et [16-02](#)), estime néanmoins que le dispositif devrait être enrichi.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers, l'article L.311-12 du CESEDA prévoyait qu'une autorisation provisoire de séjour (APS) pouvait être délivrée à l'un des parents étrangers d'un enfant dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale telle que son défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, et sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays d'origine. En principe, cette APS n'autorise pas son titulaire à travailler. Des dérogations existent sur présentation d'un contrat de travail mais dans les faits, rares sont les employeurs enclins à proposer un tel contrat au

vu de la nature précaire d'un document de séjour qui mentionne expressément ne pas autoriser à travailler.

Sur ce plan, la nouvelle loi relative au droit des étrangers améliore le dispositif en étendant le bénéfice de cette APS aux deux parents et en l'accompagnant systématiquement d'une autorisation de travail. Toutefois, le principal problème soulevé, et dont le Défenseur se trouve régulièrement saisi, demeure, à savoir que les dispositions en vigueur placent les parents étrangers d'enfants malades dans l'impossibilité d'accéder à un titre de séjour stable et pérenne. En effet, ceux-là se voient délivrer des APS renouvelées pendant plusieurs années. Or, un tel document ne confère pas un véritable *droit* à séjourner mais seulement une *autorisation* de séjourner, ce qui a des incidences sur le droit de mener une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la Convention EDH, et peut induire des conditions d'existence peu compatibles avec l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant : absence de ressources suffisantes pour subvenir dignement aux besoins de l'enfant alors même que ceux-ci peuvent s'avérer particulièrement importants au regard de son état de santé ; démarches répétitives en préfecture ; coupure des prestations familiales si les APS ont une durée de moins de 6 mois.

Dans ce cadre, le Défenseur a présenté des observations devant la Cour administrative d'appel de Paris (décision n° [MLD-2015-220](#)), laquelle a, par arrêt du 8 décembre 2015<sup>133</sup>, annulé la décision portant refus de délivrer un titre de séjour d'un an au parent étranger d'un enfant malade. Considérant que la délivrance d'autorisations provisoires de séjour pendant plus de trois ans, notamment en ce qu'elle fait obstacle à l'obtention d'un logement stable et d'un emploi, portait atteinte au droit de mener une vie familiale normale, le juge a enjoint au préfet de délivrer le titre de séjour d'une durée d'une année.

**Fort de cette analyse confortée par une jurisprudence solide<sup>134</sup>, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à réformer l'article L.311-12 du CESEDA afin de prévoir la délivrance automatique d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » sur le fondement du 7° de l'article L.313-11 lorsqu'il s'avère, après le premier renouvellement de l'autorisation provisoire de séjour, que l'état de santé de l'enfant nécessite des soins de longue durée en France.**

### 3. Les personnes victimes de violences

#### a. Droit au séjour des victimes de violences conjugales

Le CESEDA comporte plusieurs dispositions visant à prévenir et lutter contre les violences conjugales, dont les principales victimes sont des

femmes. Celles-ci visent, d'une part, les conjoints de Français et les conjoints d'étrangers entrés en France par la voie du regroupement familial et, d'autre part, les personnes bénéficiant d'une ordonnance de protection délivrée en raison de violences commises par leur conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité, ou concubin.

Encore récemment, la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ainsi que la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers sont venues renforcer ce dispositif législatif protecteur<sup>135</sup>. Malgré cela, le Défenseur des droits constate que les personnes étrangères victimes de violences conjugales se heurtent toujours à de nombreuses difficultés dans le cadre des démarches qu'elles entreprennent en vue de la première délivrance (i) ou du renouvellement (ii) de leur titre de séjour<sup>136</sup>.

#### *i. Obstacles à la délivrance du premier titre*

Lorsque les violences conjugales ont été commises après l'arrivée en France mais avant la délivrance de la première carte de séjour, les conjoints de Français et les conjoints d'étrangers entrés en France au titre du regroupement familial doivent se voir délivrer de plein droit d'un titre de séjour, même si la communauté de vie a été rompue<sup>137</sup>.

Pourtant, il n'est pas rare que la personne au guichet de la préfecture refuse d'enregistrer leur demande ou les invite à retourner dans leur pays d'origine pour se protéger de leur conjoint violent. Les personnes étrangères victimes de violences conjugales sont donc parfois contraintes de solliciter l'aide d'un représentant associatif ou d'un avocat et de se déplacer plusieurs fois en préfecture avant de parvenir à faire enregistrer leur demande. Et, même lorsqu'elles y parviennent, ces personnes ne se voient pas toujours délivrer de récépissé, ce qui a pour conséquence de les placer ou de les maintenir en situation irrégulière.

En outre, elles se heurtent à des délais de traitement excessivement longs, pouvant atteindre, aux dires de La Cimade, jusqu'à 20 mois. De tels délais s'avèrent illégaux lorsqu'ils concernent des personnes bénéficiant d'une ordonnance de protection, pour lesquelles le CESEDA impose la délivrance d'un titre de séjour « vie privée et familiale » à « bref délai »<sup>138</sup>.

Par ailleurs, il arrive que les conjoints des personnes victimes de violences conjugales interpellent les préfectures dans un esprit de vengeance pour signaler que leur conjoint a quitté le domicile familial ou ne s'est marié que dans le but d'obtenir des papiers. Dans ce cas, la demande de titre de séjour est bloquée et les délais d'instruction s'en trouvent encore rallongés.

Enfin, il est fréquent que les agents au guichet continuent d'exiger le paiement de la taxe due à l'OFII dans le cadre d'une première demande de carte de séjour alors que, depuis la loi du 4 août 2014<sup>139</sup>, les étrangers confrontés à des violences conjugales sont exonérés du paiement de cette taxe. Dans certains cas, les préfectures justifient cette exigence au motif qu'elles délivrent aux personnes victimes de violences conjugales une carte de séjour autre que la carte « vie privée et familiale » pourtant expressément prévue par le CESEDA. En violation des dispositions de ce code, sont ainsi délivrées par exemple des cartes « vie privée et familiale pour motif humanitaire », « salarié », ou « visiteur ». La délivrance de cette dernière carte est particulièrement préjudiciable aux intéressés dans la mesure elle n'autorise pas son titulaire à travailler.

## ii. *Obstacles au renouvellement du titre*

Alors que les préfets sont *tenus* de délivrer un premier titre de séjour aux conjoints de Français ou d'étrangers bénéficiaires du regroupement familial lorsqu'ils sont victimes de violences conjugales survenues après leur entrée en France mais avant la délivrance du premier titre séjour, ils avaient seulement, avant la loi du 7 mars 2016 précitée, la *faculté* de le faire dans le cadre d'un renouvellement<sup>140</sup>. Ils disposaient donc, à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

Un tel dispositif, outre qu'il fragilisait les personnes étrangères victimes de violences, tendait à créer des disparités de traitement sur le territoire national. En effet, les préfets envisageaient très diversement la possibilité de renouveler le titre de séjour sur ces motifs spécifiques.

A cet égard, la loi du 7 mars 2016 améliore sensiblement la protection des personnes étrangères victimes de violence en rendant obligatoire le renouvellement du titre de séjour de la victime de violences familiales ou conjugales.

Si le Défenseur des droits relève avec satisfaction cette amélioration recommandée à plusieurs reprises, il craint toutefois que certaines préfectures continuent de requérir la production systématique d'une ordonnance de protection, mentionnant celle-ci dans la liste des pièces à fournir. Une telle exigence va pourtant à l'encontre de l'instruction du ministre de l'Intérieur du 9 septembre 2011, laquelle rappelle aux préfets qu'ils ne peuvent « *exiger systématiquement la production d'une ordonnance de protection pour instruire une demande de renouvellement ou de délivrance d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » déposée dans le contexte d'une rupture de la communauté de vie en raison de violences conjugales* »<sup>141</sup>.

Les inégalités de traitement résultant de telles pratiques s'avèrent d'autant plus prégnantes que les ordonnances de protection sont délivrées de façon extrêmement disparate sur le territoire<sup>142</sup>. Surtout, plusieurs rapports<sup>143</sup> relèvent que les femmes victimes de violences conjugales sont finalement très peu nombreuses à en bénéficier, particulièrement quand elles sont étrangères.

Par ailleurs, lorsqu'elles n'exigent pas la production d'une ordonnance de protection, d'autres préfetures subordonnent néanmoins le renouvellement des titres de séjour des victimes de violences conjugales à certaines conditions non prévues par les textes. Ainsi par exemple, il est souvent demandé que la plainte déposée ait aboutie à une condamnation pénale de l'auteur des faits ou qu'un divorce pour faute ait été prononcé à la demande du conjoint victime de violences. De même, quand un certificat médical a été présenté à l'appui du dossier de renouvellement, il peut être exigé qu'il ait été rédigé par un médecin d'unité médico-judiciaire ou *a minima* par un praticien hospitalier. Dans le cas contraire, la personne qui a subi des violences conjugales se voit très souvent notifier un refus de la part de l'administration. De façon générale, il convient de relever que l'établissement de la preuve des violences subies reste, en tout état de cause, problématique.

Enfin, même lorsqu'elles ont bénéficié d'une ordonnance de protection, les personnes victimes de violences conjugales peuvent rencontrer des difficultés à faire renouveler leur titre de séjour au moment où cette ordonnance arrive à expiration, le CESEDA ne prévoyant pas le renouvellement à l'égard d'une personne qui ne bénéficie plus d'une telle mesure. Or, pour poursuivre le travail de reconstruction qu'elles ont engagé, ces personnes doivent pouvoir jouir d'une situation stable au regard du séjour.

**Etant donné l'importance des pratiques illégales qui subsistent au sein des préfetures s'agissant de la première délivrance et du renouvellement des titres de séjour des personnes étrangères victimes de violences conjugales, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur de prendre une nouvelle instruction afin de rappeler aux préfets le droit applicable à ces situations : délivrance de plein droit d'un premier titre de séjour, qui ne peut-être qu'une carte « vie privée et familiale » à l'exclusion de tout autre titre, exonération des taxes dues à l'OFII, interdiction de subordonner le renouvellement du titre de séjour à des conditions non prévues par les textes.**

**La nouvelle instruction pourrait également guider les préfets dans l'appréciation de la réalité des violences conjugales en précisant les éléments susceptibles d'être pris en compte et ceux**



dont la seule absence ne saurait suffire à exclure l'existence de telles violences. Ces précisions devraient être établies en étroite collaboration avec le Service du droit des Femmes du ministère de la Famille, de l'Enfance et des droits des Femmes ainsi que des associations d'aide aux victimes de violences conjugales.

Enfin, pour assurer aux personnes étrangères victimes de violences conjugales la possibilité de s'engager dans un véritable parcours de reconstruction, le Défenseur des droits recommande qu'une réforme législative soit initiée afin de garantir le renouvellement de leur titre de séjour aux personnes ayant bénéficié d'une ordonnance de protection : aux alinéas 1 et 2 de l'article L.316-3 du CESEDA, les mots « *ou qui a bénéficié d'une telle mesure* » seront ajoutés après les mots « *en vertu de l'article L.515-9 du code civil* ».

#### **b. Droit au séjour des victimes de la traite**

Le CESEDA comporte des règles plus générales visant à prévenir et lutter contre la traite des êtres humains.

Ainsi, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 7 mars 2016, l'étranger qui déposait plainte contre une personne qu'il accusait d'avoir commis à son encontre des infractions de proxénétisme ou de traite des êtres humains, ou qui témoignait dans une procédure pénale concernant une personne poursuivie pour ces mêmes infractions peut se voir délivrer une carte de séjour portant la mention « vie privée et familiale ». Cette carte était renouvelée pendant toute la durée de la procédure pénale sous réserve que les conditions prévues pour sa délivrance soient toujours satisfaites. En cas de condamnation définitive de la personne mise en cause, une carte de résident était délivrée de plein droit à l'étranger ayant déposé plainte ou témoigné<sup>144</sup>.

Le Défenseur des droits s'est prononcé sur la pertinence de ce dispositif, recommandant qu'une évolution législative soit initiée afin que, dans l'hypothèse où un étranger dénonce l'auteur de ces infractions, ou témoigne contre lui dans le cadre d'une procédure pénale, le préfet n'ait plus la simple possibilité de délivrer un titre de séjour mais que sa compétence soit liée<sup>145</sup>. Compte tenu des risques inhérents à la démarche de dénonciation dans laquelle peuvent s'engager les victimes de la traite ou du proxénétisme, il importe en effet que ces personnes puissent bénéficier d'une protection certaine, et non pas simplement hypothétique de la part de l'Etat. A cet égard, le GRETA (Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains) exhorte les autorités à veiller à ce que, dans la pratique, l'accès de ces victimes à une assistance ne soit pas subordonné à leur coopération

aux enquêtes et aux poursuites pénales, par nature longues, éprouvantes et incertaines<sup>146</sup>.

**Le Défenseur des droits prend acte avec satisfaction de la nouvelle disposition issue de la loi du 7 mars 2016 qui, dans le droit fil de ses recommandations à l'égard du ministre de l'Intérieur et de la ministre de la Famille, de l'Enfance et des droits des Femmes garantit la délivrance d'une carte de séjour « vie privée et familiale » à l'étranger qui dépose plainte contre une personne qu'il accuse d'avoir commis à son encontre les infractions visées aux articles 225-4-1 à 225-4-6 et 225-5 à 225-10 du code pénal ou témoigne dans une procédure pénale concernant une personne poursuivie pour ces mêmes infractions.**

#### 4. Les détenus

A plusieurs reprises, le Défenseur des droits a dénoncé les difficultés spécifiques rencontrées par les détenus qui, en raison du fait même de leur détention, n'accèdent pas ou trop difficilement aux services publics comme l'administration fiscale, la CAF, la MDPH (avis n° [12-02](#) du 16 octobre 2012 et n° [14-02](#) du 21 mai 2014). A ces difficultés communément rencontrées par toute la population carcérale s'ajoutent, pour les détenus étrangers, les difficultés liées à la gestion administrative de leur situation au regard du séjour.

En effet, il ressort des dispositions réglementaires du CESEDA<sup>147</sup> que les personnes étrangères sollicitant la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour sont, sauf prescriptions contraires du préfet à la faveur de certaines catégories d'étrangers, tenues de se présenter physiquement aux services de la préfecture. En outre, depuis 2011, la délivrance et le renouvellement d'un titre de séjour sont subordonnés aux relevés d'images numérisées de la photographie de l'étranger et, sauf impossibilité physique, des empreintes digitales de ses dix doigts aux fins d'enregistrement dans le traitement automatisé AGDREF 2<sup>148</sup>.

Ces dispositions procédurales rendent matériellement très difficile l'accès au séjour des étrangers détenus puisqu'ils devront obtenir une ou plusieurs permissions de sortir ou autorisations de sortir sous escorte<sup>149</sup> pour se voir délivrer un premier titre ou le faire renouveler. Aussi, il arrive fréquemment que des étrangers arrivant en prison en situation régulière en sortent dépourvus de droit au séjour<sup>150</sup>, même lorsque, dans certains cas, leur titre était renouvelable de plein droit<sup>151</sup>.

Or, la possibilité pour les personnes étrangères privées de liberté de solliciter, pendant leur incarcération, la première délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour constitue, selon les termes mêmes des autorités administratives compétentes, « *un élément essentiel à la*

*préparation de leur sortie et à leur réinsertion sociale (accès notamment aux prestations sociales, aux soins, au logement, à la formation et à l'emploi) »<sup>152</sup>. A cet égard, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté rappelle dans un avis du 9 mai 2014 qu'« aucun étranger ayant droit à un titre de séjour ne devrait perdre sa qualité de personne en situation régulière du fait de la détention, sauf interdiction judiciaire du territoire ou mesure administrative d'éloignement »<sup>153</sup>.*

Afin de remédier aux difficultés rencontrées par les détenus, les ministères de la Justice et de l'Intérieur sont intervenus par voie de circulaire avec l'objectif de fixer une procédure uniforme du traitement des demandes ou de renouvellements de titres de séjour. S'il est prévu que les dépôts de demandes devront se faire par voie postale, certains déplacements en préfecture demeurent néanmoins indispensables, notamment pour le relevé d'empreintes. Dans ce cadre, les services préfectoraux et ceux de l'administration pénitentiaire sont invités à désigner des correspondants en charge de centraliser, coordonner la gestion des demandes et fluidifier les échanges entre les deux administrations. Ils devront notamment anticiper les déplacements en préfecture des détenus afin d'éviter les déplacements inutiles et les risques de ne pas être reçus en cas d'affluence aux guichets. Pour mettre en œuvre ces préconisations, la circulaire interministérielle encourage la conclusion, au niveau départemental et selon les spécificités locales, de protocoles visant à coordonner l'action des préfets, des services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP), des établissements pénitentiaires et des points d'accès aux droits (PAD).

Si cette circulaire<sup>154</sup> constitue une indéniable avancée sur un terrain auparavant vierge de tout encadrement juridique, elle n'a toutefois pas reçu l'écho escompté. Ainsi, dans son rapport d'activité 2014, la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté indiquait avoir alerté le ministre de l'Intérieur du fait que dans de nombreux départements, les conventions encouragées par la circulaire n'ont pas été signées. Sur le terrain, les délégués du Défenseur des droits intervenant en prison font le même constat : l'écrasante majorité des départements, à quelques exceptions près<sup>155</sup>, n'applique pas la circulaire. Dans le département des Bouches-du-Rhône par exemple, les délégués présents à Aix-Luynes et Salon-de-Provence font état de « graves problèmes » avec les services préfectoraux de Marseille qui ne font rien pour faciliter les démarches des détenus. De même, dans le département de la Loire, aucune coordination n'a été réalisée entre les services préfectoraux, le SPIP et l'établissement pénitentiaire ; toutes les interventions des délégués auprès de la préfecture sont restées sans réponse.

**Le Défenseur des droits demande aux ministres de la Justice et de l'Intérieur d'intervenir auprès des préfets, des directeurs interrégionaux des services pénitentiaires et des chefs d'établissements pénitentiaires afin que les conventions prévues par la circulaire du 25 mars 2013 soient effectivement et rapidement conclues. A cet égard, le Défenseur des droits estime qu'une intervention par la voie réglementaire serait opportune.**

**Afin d'harmoniser les pratiques d'un département à l'autre, un protocole cadre reprenant les principes impératifs suivants pourrait être établi :**

- désignation de correspondants identifiés au sein des préfectures et de l'administration pénitentiaire ;
- centralisation des demandes par le correspondant pénitentiaire et dépôt par voie postale auprès des services de la préfecture ;
- en cas de décision favorable de la préfecture, notification par écrit de la décision au demandeur et information systématique du juge d'application des peines par le correspondant pénitentiaire ;
- réception sur rendez-vous des détenus ayant obtenu une autorisation de sortir sous escorte ou une permission de sortir en vue d'accomplir les formalités nécessaires à la fabrication de leur titre de séjour comme notamment les relevés des empreintes.

**Pour garantir le droit au séjour des personnes étrangères détenues n'ayant pas obtenu d'autorisation ou permission de sortir, le Défenseur des droits recommande que ces conventions conclues entre les préfectures et l'administration pénitentiaire prévoient que les services de la préfecture organisent, à échéances régulières, des permanences au sein des établissements pénitentiaires afin de procéder au relevé des empreintes et à la délivrance des récépissés<sup>156</sup> aux détenus dont la demande de titre de séjour aura fait l'objet d'une décision favorable. Ces conventions pourraient également prévoir la transmission par voie postale des titres de séjour fabriqués.**

## **5. Les travailleurs migrants**

Tous les travailleurs étrangers ne bénéficient pas d'un droit au séjour. Leur situation administrative les place dans une situation de vulnérabilité telle qu'ils rencontrent de plus grandes difficultés à faire valoir leurs droits, alors même qu'ils se trouvent plus fortement exposés au risque d'exploitation (a). Parmi les travailleurs migrants autorisés à séjourner en France, il convient de distinguer ceux dont le droit au séjour est indépendant de leur qualité de travailleur de ceux dont

le droit au séjour découle directement de leur qualité de travailleur, c'est-à-dire ceux dont le projet migratoire a été guidé par le souhait de venir travailler en France. Ces derniers semblent plus particulièrement affectés par la précarisation du séjour et, par suite, exposés au risque de subir des violations de leurs droits fondamentaux (b).

**a. Travailleurs dépourvus de droit au séjour :  
une situation de vulnérabilité trop souvent exploitée  
au détriment de droits pourtant reconnus**

En France, entre 200 000 et 400 000 travailleurs seraient aujourd'hui sans-papiers, c'est-à-dire dépourvus de droit au séjour ou d'autorisation de travail<sup>157</sup>. Majoritairement embauchés dans des secteurs en manque de main d'œuvre tels la restauration ou le BTP, ces travailleurs participent *de facto* à l'économie française. Depuis de nombreuses années, plusieurs mouvements incarnés par des organisations syndicales et des associations luttent pour la régularisation du séjour de ces travailleurs, une telle régularisation apparaissant comme un vecteur essentiel et nécessaire au respect de leurs droits les plus fondamentaux.

S'intéresser au sort et aux droits des travailleurs en situation irrégulière n'est pas antinomique avec la préoccupation liée à la lutte contre le travail dissimulé, bien au contraire. En effet, si cette lutte poursuit un objectif légitime, rappelons qu'elle s'accompagne d'un dispositif répressif important à l'égard des employeurs, les travailleurs concernés étant, aux yeux de la loi et de la jurisprudence, des victimes de cette situation qu'il convient de protéger.

C'est assez récemment que le Défenseur des droits a été saisi de ces problèmes. Il note à cet égard que le droit applicable en la matière est très peu connu des employeurs comme des salariés. Pour cette raison, poursuivant sa mission de promotion et d'accès aux droits, il entend rappeler le contenu de ces droits.

Si les travailleurs sans-papiers ne sont pas dépourvus de tous droits (i), ils rencontrent pourtant, du fait du caractère irrégulier de leur situation administrative, d'importantes difficultés à les faire valoir (ii). Ces difficultés s'avèrent d'autant plus problématiques que, particulièrement vulnérables, ils sont plus fortement exposés au risque de subir des abus de la part de certains employeurs (iii).

**i. Le travailleur sans-papiers, titulaire de droits**

En premier lieu, les travailleurs sans-papiers peuvent se prévaloir, au même titre que les personnes séjournant régulièrement sur le territoire, des droits consacrés par la Convention EDH selon laquelle l'Etat est tenu d'assurer une certaine protection, particulièrement lorsque

se trouvent en cause des droits absolus et indérogeables tels que le droit à la vie, le droit de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants, ou encore le droit à ne pas être tenu en esclavage, en servitude ou astreint à un travail forcé<sup>158</sup>.

En second lieu, ils peuvent se prévaloir des protections garanties par le droit du travail, lequel a vocation à assurer la protection de l'ensemble des travailleurs quelle que soit leur nationalité, y compris quand ils ne sont pas autorisés à travailler ou séjourner en France. Ainsi, le code du travail<sup>159</sup>, tout en posant expressément l'interdiction pour un employeur d'embaucher ou de conserver à son service un étranger non muni d'une autorisation de travail, précise qu'un salarié étranger employé en méconnaissance de cette interdiction est assimilé, à compter de la date de son embauche, à un salarié régulièrement engagé au regard des obligations pesant sur l'employeur : interdiction d'emploi prénatal et postnatal, temps de travail, repos et congés, respect des règles d'hygiène et de sécurité et prise en compte de l'ancienneté dans l'entreprise, le droit au paiement du salaire et des heures supplémentaires. En outre, le travailleur dépourvu de droit au séjour bénéficie d'une protection en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle<sup>160</sup>. Dans ce cas, c'est l'employeur qui sera tenu de rembourser aux organismes sociaux les prestations versées<sup>161</sup>. Par ailleurs, dans le cas où le salarié se voit reconnaître un taux d'incapacité permanente supérieur ou égal à 20 % et attribuer une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle, il peut prétendre à la délivrance de plein droit d'un titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale »<sup>162</sup>.

Enfin, le salarié sans-papiers est protégé dans le cadre de la rupture de la relation de travail. A cet égard, il convient de distinguer plusieurs situations.

Lorsque le licenciement est prononcé pour un motif de droit commun, c'est-à-dire pour motif personnel (ex : insuffisance professionnelle), disciplinaire ou économique, le salarié sans titre bénéficie des règles applicables à tout licenciement en termes de respect de la procédure et d'indemnisation.

En revanche, lorsque le motif du licenciement est l'absence d'autorisation de travail elle-même, un régime autonome s'applique, la Cour de cassation considérant que « *l'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail exclusive de l'application des dispositions relatives aux licenciements et de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse* »<sup>163</sup>. Ce licenciement *sui generis* motivé par un refus d'autorisation de travail n'est soumis à aucune règle procédurale particulière mais ne dispense pas

du versement d'une indemnité de rupture. En effet, l'irrégularité de la situation du travailleur, en tant que cause objective de la rupture du contrat, « *n'est pas constitutive en soi d'une faute privative des indemnités de rupture* » selon la Cour de cassation<sup>164</sup>. Ce sont en revanche des règles d'indemnisation spécifiques et déroatoires du droit commun qui s'appliquent. Prévues à l'article L.8252-2 du code du travail, ces règles disposent que le salarié a droit à une indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire ou, si cela est plus favorable, au montant des indemnités de rupture de droit commun (indemnité de licenciement, indemnité de préavis). Ainsi, seule la fraude du salarié consistant en la présentation d'un faux titre de séjour constitue une faute grave privative des indemnités de rupture, et cela uniquement si l'employeur n'était pas au courant de la fraude<sup>165</sup> et qu'il n'a pas commis de faute dans la vérification du titre de séjour présenté par le salarié<sup>166</sup>.

Par ailleurs, l'article L.8252-2 dispose que l'ensemble de ces droits est dû au titre de la « *période d'emploi illicite* ». Il s'en déduit a contrario que, lorsque la rupture du contrat de travail fait suite au non-renouvellement de l'autorisation de travail, le salarié étranger devrait être indemnisé conformément au régime de droit commun, puisque, dans cette hypothèse, la période qui précède le licenciement est une période d'**emploi licite**.

En outre, une jurisprudence protectrice des droits du salarié étranger s'est développée s'agissant des cas où le défaut d'autorisation de travail résulte non pas d'un *refus* mais de difficultés rencontrées par l'étranger pour en obtenir le *renouvellement*. Ainsi, peut être regardé comme dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement motivé par l'absence d'autorisation de travail lorsque le salarié, bien que momentanément dépourvu de cette autorisation, a néanmoins produit une attestation de dépôt de demande de renouvellement<sup>167</sup>. Dans ce cas, l'employeur aurait dû attendre la réponse de l'administration avant de prononcer le licenciement. Il en va de même lorsque l'employeur sait que le défaut momentané d'autorisation de travail est dû à des défaillances administratives et qu'une régularisation est en cours<sup>168</sup>. Enfin, le licenciement peut également être invalidé lorsque la perte de l'autorisation de travail fait suite à un manque de diligence de l'employeur pour accomplir les démarches nécessaires au renouvellement de cette autorisation<sup>169</sup>.

Au regard de cette construction jurisprudentielle, il semblerait opportun, même si aucune disposition législative ne le prévoit expressément, d'appliquer les règles procédurales de droit commun, notamment la convocation à un entretien préalable par courrier motivé lorsqu'un licenciement est envisagé consécutivement à l'expiration

de l'autorisation de travail dans la mesure où, jusqu'au refus de renouvellement de l'autorisation de travail, la rupture de la relation de travail ne se justifie pas. Cela permettrait en effet au salarié étranger d'informer son employeur sur les causes du non-renouvellement en temps et en heure de son autorisation et sur les démarches de régularisation éventuellement engagées.

Les droits dont disposent les travailleurs sans-papiers et les travailleurs qui perdent leur autorisation, dans la relation de travail comme lors de la rupture de cette relation, sont trop souvent méconnus des employeurs mais également des conseillers prud'homaux. Concernant les employeurs, cette méconnaissance du droit peut conduire à des ruptures abusives des contrats de travail, voire à des refus d'embauche discriminatoires, certains employeurs préférant se prémunir d'emblée contre toute difficulté à venir en privilégiant la candidature de Français ou d'étrangers disposant d'un droit au séjour pérenne et non subordonné au renouvellement de l'autorisation de travail [sur ce point, voir *infra*, PI-II-B-5-b].

**Afin de prémunir les travailleurs étrangers contre les risques de ruptures abusives de contrat de travail et de discrimination à l'embauche, le Défenseur des droits recommande qu'une action de promotion des droits des travailleurs étrangers, avec et sans droit au séjour, soit pilotée au niveau du ministère du Travail, en concertation avec les organisations syndicales représentant les salariés. Cette action devrait permettre une meilleure information des employeurs de travailleurs étrangers sur les obligations qui leur incombent lors de l'embauche, de l'exécution et de la rupture du contrat de travail. Il serait en outre opportun de rappeler les obligations de diligence dont ils doivent faire preuve lorsque le salarié étranger rencontre des difficultés à faire renouveler son autorisation de travail.**

**Pour assurer une meilleure efficacité des contentieux engagés, le Défenseur des droits recommande en outre qu'un module spécifique de formation sur les droits du salarié étranger soit intégré à la formation des conseillers prud'homaux prévue à l'article L.1442-1 du code du travail. Une formation similaire pourrait être proposée aux magistrats de l'ordre judiciaire appelés à intervenir en matière sociale.**

**Par ailleurs, le Défenseur des droits estime qu'une réforme législative visant à compléter l'article L.8252-1 du code du travail, lequel établit la liste des obligations définies par le code du travail applicables au travailleur étranger sans titre de travail, pourrait permettre de renforcer la protection des droits des travailleurs dépourvus de droit au séjour. D'autres dispositions protectrices**



**pourraient en effet être mentionnées, notamment celles relatives à la protection des libertés individuelles, à l'égalité professionnelle, à la protection contre les discriminations et au harcèlement.**

## *ii. Des difficultés spécifiques d'accès au droit*

Depuis plusieurs années, des efforts ont été déployés pour assurer l'effectivité des droits de ces travailleurs qui ont ainsi la possibilité de se rapprocher des organisations syndicales et des associations de soutien aux immigrés pour obtenir des conseils sur les diverses démarches administratives à effectuer ou du soutien en cas de litige avec leur employeur. En outre, depuis 2011, les contrôleurs et inspecteurs du travail sont tenus, lorsqu'ils constatent qu'un travailleur étranger est occupé sans être en possession d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, de lui remettre un document l'informant de ses droits, dont le contenu a été précisé par décret<sup>170</sup>.

En dépit de ces efforts, ces travailleurs se heurtent en pratique à de sérieuses difficultés, notamment pour faire valoir leurs droits devant la juridiction prud'homale.

En effet, en préalable à toute demande indemnitaires ou salariale devant la juridiction du travail, l'étranger doit établir l'existence d'un lien de subordination avec son employeur<sup>171</sup>. Or, pour le travailleur sans titre de séjour ni autorisation de travail, cette démonstration s'avère particulièrement délicate, notamment lorsqu'il ne dispose d'aucune preuve matérielle de nature à établir l'existence de la relation de travail comme les bulletins de salaire ou le contrat de travail. Dans ce cas, il devra, pour que sa requête soit recevable, rapporter par tous moyens – photographies, attestations, courriels – la preuve du lien de subordination et du travail effectué.

En outre, la saisine du conseil de prud'hommes n'est évidemment pas sans risque puisqu'elle implique de dévoiler à l'administration, et le cas échéant à son employeur, l'irrégularité de sa situation. Dans l'hypothèse où il se trouverait toujours en poste, ce salarié risque donc, peut-être plus encore que le salarié en situation régulière, de subir des mesures de représailles de la part de son employeur, celui-ci étant passible de sanctions pénales du fait de l'emploi d'un étranger sans titre.

Ensuite, même si ces cas demeurent rares, il existe également un risque d'être dénoncé auprès des services de police. Ainsi, en 2012, l'interpellation, devant le Conseil de prud'hommes de Nanterre, d'un travailleur sans-papiers dénoncé par son employeur avait suscité l'indignation de plusieurs organisations syndicales et associations de défense des droits de l'homme et des droits des étrangers. Bien

qu'une telle interpellation puisse apparaître comme une violation flagrante du droit à un recours effectif, rien, dans l'état actuel du droit interne, ne s'y oppose. En effet, si la Cour de cassation juge que « *l'administration ne peut utiliser la convocation à la préfecture d'un étranger (...) pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention* »<sup>172</sup>, elle considère en revanche que l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière devant le tribunal d'instance où il avait une audience, par des services de police informés de sa présence, ne présente pas de caractère déloyal dès lors que l'administration n'était pas à l'origine de sa convocation<sup>173</sup>.

**Afin de renforcer l'accès au droit des travailleurs sans autorisation de travail, et plus généralement des étrangers sans titre de séjour, le Défenseur des droits recommande que la circulaire du 21 février 2006 relative aux conditions d'interpellation d'un étranger en situation irrégulière (NOR : JUSD0630020C) soit modifiée pour élargir la notion d'interpellation déloyale au cas où les forces de l'ordre procéderaient à celle-ci devant une juridiction dans laquelle l'étranger s'est rendu pour faire valoir ses droits, *a fortiori* dans les cas où les forces de l'ordre auraient été informées de la présence de l'étranger par une personne avec laquelle il se trouve en litige (conjoint ou employeur notamment). Par ailleurs, de telles interpellations devraient être prohibées lorsque l'étranger s'est présenté à la juridiction en vue de faire valoir un droit fondamental protégé par la CEDH car elle porte, dans ce cas, atteinte au droit au recours effectif tel que garanti par l'article 13 de la CEDH.**

### **iii. Une catégorie de travailleurs particulièrement exposée au risque d'exploitation**

Dans un arrêt du 11 février 1998, la Cour de cassation jugeait que la situation irrégulière d'une personne étrangère sur le territoire national permettait de présumer que celle-ci se trouvait en position de vulnérabilité<sup>174</sup>.

Aux termes de l'article 2 de la directive 2011/36/UE du Parlement européen concernant la prévention de la traite des êtres humains, « *une situation de vulnérabilité signifie que la personne concernée n'a pas d'autre choix véritable ou acceptable que d'accepter de se soumettre à cet abus* ». C'est bien dans une telle situation que se trouvent ces travailleurs. Du fait de l'irrégularité de leur séjour, ils peuvent difficilement quitter leur emploi et changer d'employeur. La peur d'être expulsés les dissuade en outre de se plaindre auprès des autorités compétentes du non-paiement de leurs salaires ou d'autres abus dont ils auraient pu être victimes de la part de leur employeur. Cet état de vulnérabilité crée un lien de subordination exorbitant du droit com-

mun entre le salarié et son employeur qui peut alors abuser de son pouvoir.

En 2015, le Défenseur des droits a été saisi par l'intermédiaire d'une organisation syndicale de la situation d'une vingtaine de travailleurs sans-papiers employés par la même société. Alertés des conditions de travail particulièrement alarmantes dans lesquelles ils se trouvaient contraints d'exercer, les services de l'Inspection du travail avaient diligenté une enquête et transmis au Procureur de la République un procès-verbal relevant 14 infractions à la législation du travail (violation des règles en matière de durée du travail, congés payés, salaire minimum, hygiène, sécurité, etc.). Le procès-verbal faisait apparaître des conditions de travail contraires à la dignité et précisait que le délit de traite des êtres humains paraissait constitué.

Considérant que le traitement infligé à ces travailleurs par leurs employeurs était susceptible de constituer une discrimination à raison de la nationalité prohibée par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal<sup>175</sup>, le Défenseur a transmis ses observations au Procureur.

Par ailleurs, s'agissant du délit de traite soulevé par les plaignants dans cette affaire, le Défenseur des droits a constaté, au cours de l'instruction menée par ses services, que les termes de l'article 225-4-1 du code pénal définissant le délit de traite présentaient certaines imprécisions susceptibles de rendre plus difficile l'établissement de ce délit, notamment pour les travailleurs sans droit au séjour qui s'estimeraient victimes d'exploitation par un employeur agissant seul ou par le biais d'un réseau organisé.

En premier lieu, la question se pose de savoir si les conditions de recrutement, de transport, de transfert et d'hébergement ou d'accueil de la victime devant être réunies pour que l'infraction puisse être caractérisée présentent un caractère cumulatif ou simplement alternatif. Alors que le caractère cumulatif de ces critères semble être retenu par les autorités françaises, une interprétation retenant le caractère alternatif de ces conditions irait dans le sens de la politique de lutte contre la traite menée au niveau du Conseil de l'Europe<sup>176</sup>. Par ailleurs, la notion d'« *abus de situation de vulnérabilité* » pourrait être élargie de façon à y inclure, notamment, les situations de vulnérabilité sociale ou économique. Là encore, un tel élargissement serait conforme à l'appréhension du phénomène de traite par le Conseil de l'Europe.

La levée de ces imprécisions représente un enjeu important pour l'accès au droit des travailleurs irréguliers puisque pouvoir qualifier de traite les conditions indignes de travail et l'exploitation dont ils peuvent être victimes leur permettrait de bénéficier de dispositions protectrices du CESEDA et notamment de la carte de séjour temporaire « vie privée et familiale »<sup>177</sup>.

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

**b. Etrangers admis à séjourner en France en leur qualité de travailleur : une précarité du séjour porteuse de risques de discriminations dans l'emploi**

Ainsi qu'il a été évoqué ultérieurement, il convient de distinguer, parmi les travailleurs étrangers autorisés à séjourner en France, ceux dont le droit au séjour découle de motifs indépendants de leur qualité de travailleur, à savoir principalement les réfugiés et étrangers autorisés à séjourner en France pour des motifs familiaux, de ceux dont le droit au séjour découle directement de la qualité de travailleur, c'est-à-dire les étrangers entrés en France au titre de l'immigration dite « professionnelle » ou « de travail » et que l'on qualifie parfois de « migrants économiques ».

Dans ce domaine, la volonté politique d'encourager une immigration de travail dite « choisie » a contribué à créer de fortes inégalités de traitement en fonction de l'activité professionnelle exercée par le travailleur étranger. Dans plusieurs avis sur la loi relative au droit des étrangers en France récemment promulguée (avis n<sup>os</sup> [15-20](#) et [16-02](#) précités), le Défenseur des droits a ainsi mis en exergue l'existence d'une double tendance s'exerçant au niveau législatif et consistant, d'une part, à consolider le droit au séjour de certains étrangers hautement qualifiés<sup>178</sup> tout en fragilisant, d'autre part, le statut de la grande majorité des salariés autorisés à séjourner en France au titre de l'immigration professionnelle, à savoir les titulaires de titres de séjour portant la mention « salarié » ou « travailleur temporaire »<sup>179</sup>.

Ces derniers pâtissent en effet d'un droit au séjour particulièrement précaire car subordonné au renouvellement incertain de leur autorisation de travail (i). A cet égard, les titulaires de la carte « travailleur temporaire » jouissent de droits encore moindres (ii). Or, la nouvelle loi relative au droit des étrangers prévoit de restreindre encore l'accès à la carte « salarié », fragilisant un peu plus le droit au séjour des étrangers admis à séjourner en France en leur qualité de travailleur (iii).

***i. Le droit au séjour précaire des titulaires de la carte « salarié »***

Principal titre de séjour délivré dans le cadre de l'immigration professionnelle<sup>180</sup>, la carte de séjour portant la mention « salarié » est accordée pour une durée d'un an à l'étranger qui présente un contrat de

travail de plus de 12 mois pour lequel il a obtenu une autorisation de travail<sup>181</sup>. Cette autorisation doit être sollicitée auprès de la DIRECCTE par l'employeur<sup>182</sup>. Pour l'accorder ou la refuser, cette administration tient compte de plusieurs éléments limitativement énumérés à l'article R.5221-20 du code du travail : la situation de l'emploi, l'adéquation entre la qualification, l'expérience, les diplômes de l'étranger et les caractéristiques de l'emploi auquel il postule, le respect par l'employeur de la législation relative au travail et à la protection sociale, les conditions d'emploi et de rémunération, celle-ci devant atteindre un montant au moins égal au SMIC. L'autorisation de travail peut être limitée à une zone géographique ou à l'exercice d'une profession en particulier.

Trois situations sont susceptibles de poser des problèmes lors du renouvellement de la carte de séjour « salarié », subordonné à celui de l'autorisation de travail.

Dans deux premières hypothèses, les refus d'autorisation de travail peuvent résulter non pas de la situation du salarié mais du non-respect par l'employeur de la législation relative au travail ou à la protection sociale ou encore des conditions d'emploi, de rémunération ou de logement fixées par l'autorisation<sup>183</sup>. Ces règles poursuivent un objectif légitime de protection du salarié et sont particulièrement pertinentes au moment de la délivrance de la première autorisation de travail. Dans le cadre d'un renouvellement, elles comportent au contraire le risque de voir ces règles protectrices se retourner contre l'étranger qui, en raison des manquements de son employeur, se verra privé d'autorisation de travail et de droit au séjour. Il semblerait dès lors plus opportun dans un tel contexte de protéger le salarié au regard de son droit au séjour afin qu'il puisse, le cas échéant, se lier à un autre employeur plus respectueux de la législation sociale ou tout simplement être en capacité de dénoncer ces conditions de travail illégales sans en être pénalisé.

Dans une troisième hypothèse, le refus de renouvellement de l'autorisation de travail peut résulter de l'exercice d'un droit par le travailleur, comme celui de démissionner ou prendre acte de la rupture du contrat de travail.

En effet, le salarié n'est en principe protégé du refus de renouvellement de son autorisation de travail qu'en cas de privation involontaire d'emploi, laquelle inclut les licenciements dont ceux pour motifs économiques, les ruptures conventionnelles, ainsi que les démissions fondées sur un motif légitime comme le rapprochement de conjoint ou le non-paiement des salaires<sup>184</sup>. Dans ce cas, la validité de son autorisation de travail sera prorogée d'un an<sup>185</sup>. Ce faisant, le salarié pourra s'inscrire à Pôle emploi et bénéficier, le cas échéant, de pres-

tations chômage. Au terme de la première prorogation, son autorisation de travail sera renouvelée jusqu'à expiration de ses droits à l'assurance chômage.

En dehors de ces situations de privation involontaires d'emploi, l'administration peut refuser le premier renouvellement de l'autorisation de travail<sup>186</sup>. Une telle possibilité conduit à priver le salarié d'un certain nombre de droits attachés à sa qualité de travailleur et notamment du droit de démissionner, protégé par la Cour de cassation<sup>187</sup>. Or, de ce droit découle celui de bénéficier de certaines prestations chômage. En effet, les salariés démissionnaires ne sont pas systématiquement exclus du bénéfice de l'assurance chômage. Outre les cas de démission dits légitimes, qui ouvrent directement droit aux prestations chômage<sup>188</sup>, le salarié démissionnaire peut, après 121 jours de chômage, demander au Pôle emploi de réexaminer sa situation afin d'obtenir le versement de l'aide au retour à l'emploi (ARE)<sup>189</sup>. L'exclusion du salarié étranger ayant démissionné avant le premier renouvellement de son autorisation de travail du bénéfice de ces prestations pourrait être regardée comme une discrimination fondée sur la nationalité contraire aux articles 14 et 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la CEDH<sup>190</sup>.

Le refus de renouvellement d'autorisation de travail peut encore priver le salarié du droit de prendre acte de la rupture du contrat de travail. Cette prise d'acte, autorisée par le code du travail lorsque le salarié reproche à son employeur des manquements si graves qu'ils rendent impossible la poursuite du contrat de travail – comme le harcèlement, les discriminations, les violences, le non-paiement des salaires – permet au salarié de saisir le juge prud'homal afin qu'il fasse produire à la rupture les effets d'un licenciement ou d'une démission. Or, dans l'attente de cette décision judiciaire, la prise d'acte ne peut être considérée comme une privation involontaire d'emploi<sup>191</sup> et le salarié étranger se verra, de ce fait, dans l'impossibilité d'obtenir une autorisation de travail. Cet état du droit est susceptible de dissuader les salariés étrangers de dénoncer les graves manquements dont ils pourraient être victimes de la part de leur employeur.

**Afin de sécuriser le droit au séjour des étrangers admis à séjourner en France sous couvert d'une carte « salarié » et de mieux garantir les droits auxquels ils peuvent prétendre en leur qualité de travailleur, notamment lorsqu'ils se trouvent involontairement privés d'emploi ou victimes d'actes délictueux au travail, le Défenseur des droits recommande une intervention du Ministre du Travail par voie réglementaire en vue :**

- de supprimer les articles R.5221-34 et R.5221-36 du code du travail en ce qu'ils tendent, respectivement, à pénaliser le salarié étranger pour les fautes commises par son employeur et à priver le salarié étranger de son droit à démissionner et**

- à percevoir, le cas échéant, des prestations d'assurance chômage ;
- à défaut, de modifier l'article R.5221-36 du code du travail prévoyant la possibilité de ne pas renouveler la première autorisation de travail lorsque le contrat a été rompu dans le courant de la première année d'embauche en ajoutant, après l'exception tirée de la privation involontaire d'emploi, une nouvelle exception tirée de la démission du salarié, ou de sa prise d'acte de la rupture du contrat, en raison du non-respect par l'employeur de la législation relative au travail ou à la protection sociale ou des conditions d'emploi, de rémunération ou de logement fixées par l'autorisation de travail initiale.

Dans l'attente de cette réforme, le Défenseur des droits demande aux ministres de l'Intérieur et du Travail de prendre une nouvelle circulaire relative à la délivrance et au renouvellement des autorisations de travail en vue de :

- préciser le sens de la notion de « privation involontaire d'emploi » mentionnée à l'article R.5121-36 du code du travail ainsi que la portée du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité administrative, en vertu du même article, s'agissant du premier renouvellement de l'autorisation de travail du salarié étranger ayant volontairement mis fin à son contrat de travail. En premier lieu, la privation involontaire d'emploi au sens de l'article R.5121-36 du code du travail devrait recouvrir l'ensemble des cas de chômage involontaire énumérés à l'article 2 du règlement général annexé à la convention relative à l'indemnisation du chômage du 14 mai 2014. En second lieu, l'autorité administrative devrait examiner avec bienveillance les cas où la rupture du contrat ne correspond pas aux situations de chômage involontaire énumérées par le règlement précité mais fait suite au non-respect, par l'employeur, de la législation relative au travail ou à la protection sociale, ou des conditions d'emploi, de rémunération, ou de logement fixées par la première autorisation de travail ;
- encourager l'examen bienveillant des demandes présentées à l'occasion du premier renouvellement de l'autorisation de travail en vue d'occuper un emploi dans un métier ou une zone géographique différents de ceux qui étaient mentionnés sur l'autorisation de travail initiale lorsque ces demandes émanent de salariés étrangers inscrits sur la liste des demandeurs d'emploi.

## *ii. Le droit au séjour encore plus précaire des titulaires de la carte « travailleur temporaire »*

Lorsqu'un employeur souhaite recruter en contrat d'une durée déterminée inférieure à 12 mois un étranger ne bénéficiant pas encore

d'un titre de séjour autorisant à travailler, il doit également solliciter la délivrance d'une autorisation auprès de la DIRECCTE qui tiendra compte là aussi de tous les éléments énumérés à l'article R.5221-20 du code du travail. En cas de réponse favorable, l'étranger se verra délivrer non pas une carte de séjour portant la mention « salarié », mais un titre portant la mention « travailleur temporaire » dont la durée sera calquée sur celle du contrat de travail<sup>192</sup>. Or, le régime auquel se trouve soumis la carte « travailleur temporaire » apparaît, à plusieurs égards, moins favorable et plus précaire que celui de la carte « salarié ».

En premier lieu, les conditions d'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi sont plus restrictives puisque le contrat de travail doit avoir été rompu pour un motif imputable à l'employeur ou pour un cas de force majeure<sup>193</sup>, ce qui exclut certains cas de privations involontaires d'emploi comme les démissions légitimes.

En second lieu, cette carte permet de percevoir des prestations d'assurance chômage en cas de licenciement, mais uniquement pour la durée du contrat de travail restant encore à courir au moment du licenciement, sans prorogation de son autorisation de travail, ce qui semble être contraire à la recommandation n° 86 de l'OIT<sup>194</sup>. Or, pour les titulaires de la carte « travailleur temporaire », les perspectives de retour à l'emploi s'avèrent d'autant plus délicates que la validité de l'autorisation de travail dont ils bénéficient est, sauf exception, limitée à un ou des employeurs déterminés<sup>195</sup>. Ainsi, même si le « travailleur temporaire » retrouve un emploi dans un métier similaire à celui pour lequel avait été délivrée la première autorisation de travail, le renouvellement de cette autorisation sera subordonné à la vérification de l'ensemble des critères prévus par le code du travail. Outre que ces dispositions apparaissent contraires au droit de l'Union européenne<sup>196</sup>, elles exposent les « travailleurs temporaires », en cas de changement d'emploi, à un risque accru de non renouvellement de leur autorisation de travail qui a pour effet mécanique d'aggraver la dépendance de ces derniers vis-à-vis de leur employeur et donc d'accroître leur vulnérabilité.

Pour justifier ces différences de traitement entre titulaires de la carte « salarié » et ceux de la carte « travailleur temporaire », le législateur s'appuyait sur le fait que l'étranger titulaire d'un contrat de moins de 12 mois bénéficiait d'une autorisation de travail circonscrite dans un temps bref. Aujourd'hui, au vu des dispositions législatives sur le point d'entrer en vigueur, cette tentative de justification ne tient plus. En effet, la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France prévoit de renvoyer vers la carte « travailleur temporaire » tous les étrangers en CDD, que ce contrat soit ou non supérieur à 12 mois.



Désormais, l'accès au titre « salarié » sera restreint aux seuls CDI ce qui réduira mécaniquement le nombre de titulaires.

Cette restriction est d'autant plus préoccupante que la détention d'une carte « travailleur temporaire » a des conséquences sur l'accès à des droits autres que ceux tirés de la qualité de travailleur, comme le droit au séjour plus pérenne et la naturalisation. Ainsi, aux termes du nouvel article L.313-17 du CESEDA, les « travailleurs temporaires » ne peuvent pas solliciter la délivrance d'une carte pluriannuelle d'une durée de 4 ans. Par ailleurs, l'accès à la nationalité comme à la carte de résident est subordonné à la justification de ressources stables et suffisantes. Or, dans la pratique, la qualité de travailleur temporaire fait présumer une absence de stabilité.

C'est pourquoi, dans ses avis rendus sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France (avis n<sup>os</sup> [15-20](#) et [16-02](#)), le Défenseur s'était prononcé en faveur de la suppression des dispositions tendant à modifier l'article L.313-10 du CESEDA pour restreindre l'accès à la carte « salarié » aux titulaires d'un CDI.

### *iii. Le problème des contrats aidés*

Le Défenseur des droits a été saisi par le maire d'une commune des difficultés que rencontrent certaines personnes étrangères dans l'accès à l'emploi, dès lors qu'elles postulent à des contrats dont le terme est postérieur à celui de l'autorisation de travail dont ils disposent. Redoutant un non-renouvellement de l'autorisation de travail en cours d'exécution du contrat, les employeurs préféreraient écarter les candidats. Les difficultés soulevées par le maire concernent plus encore les contrats aidés, pourtant destinés à favoriser le retour à l'emploi, puisque la durée de certains de ces contrats est incompressible<sup>197</sup>. Or, en cas de non-renouvellement de l'autorisation de travail de l'étranger en cours d'exécution du contrat, l'employeur sera non seulement tenu de mettre un terme au contrat, mais également de rembourser les aides publiques perçues au titre de ce contrat<sup>198</sup>. En effet, le non-renouvellement de l'autorisation de travail ne figure pas dans la liste des motifs de rupture susceptibles d'exonérer l'employeur d'un tel remboursement<sup>199</sup>. Considérant que les difficultés exposées par le maire étaient susceptibles de caractériser des discriminations à l'embauche fondées sur la nationalité, le Défenseur a engagé une instruction approfondie de ce dossier et interrogé la ministre du Travail afin de recueillir ses observations.

**Compte tenu de l'évolution législative récente qui, en restreignant l'accès à la carte « salarié », devrait augmenter le nombre de délivrances de carte « travailleur temporaire », le Défenseur des droits estime qu'il importe de prendre des mesures en vue de sécuriser le statut de ces « travailleurs temporaires ».**

Pour cela, le Défenseur des droits recommande au ministre du Travail qu'il intervienne par voie réglementaire en vue de :

- modifier l'article R.5221-48 du code du travail de façon à aligner les conditions d'inscription des titulaires de la carte « travailleur temporaire » sur la liste des demandeurs d'emploi avec celles des titulaires de la carte « salarié » : il conviendrait d'ajouter, à la liste fixée au 3° de l'article R.5221-48 du code du travail, la carte de séjour temporaire mentionnée au 7° de l'article R.5221-3 du code du travail. Le 4° de l'article R.5221-48 devrait être reformulé en conséquence ;
- modifier l'article R.5221-33 du code du travail de façon à ce qu'en cas de perte involontaire d'emploi, la validité de l'autorisation de travail constituée par la carte « travailleur temporaire » soit prorogée jusqu'à épuisement des droits de son titulaire aux prestations chômage ;
- supprimer, à l'article R.5221-10 du code du travail, la référence à l'autorisation de travail mentionnée au 7° de l'article R.5221-3 (autorisation de travail constituée par la carte de séjour « travailleur temporaire »). Cette suppression permettrait de mettre le droit interne en conformité avec l'article 11 de la directive n° 2011/98/UE du 13 décembre 2011, dite « permis unique ».

Par ailleurs, afin d'accroître les perspectives de retour à l'emploi des travailleurs étrangers titulaires de cartes de séjour temporaires et de leur garantir une meilleure égalité de traitement avec les nationaux et étrangers bénéficiant d'un droit au séjour plus pérenne, le Défenseur des droits recommande l'intervention du pouvoir réglementaire afin d'ajouter le cas du non-renouvellement de l'autorisation de travail du salarié à la liste des motifs de licenciement ou de rupture anticipée des contrats aidés susceptibles d'exonérer l'employeur du remboursement des aides perçues au titre de ces contrats (articles R.5134-46 et R.5134-47 du code du travail).

## REPÈRE - DROIT AU SÉJOUR ET NON-DISCRIMINATION

De prime abord, le droit de la non-discrimination semble difficilement mobilisable sur le terrain du droit au séjour puisqu'en la matière, le critère de la nationalité apparaît comme le critère distinctif par essence. Si on interprète les différences de traitement dont font l'objet les étrangers comme la résultante de différences de situation « essentielles » dans lesquelles ils se trouvent, alors le droit qui légitime une telle différenciation ne doit pas être remis en cause. Si au contraire,

on considère que ce régime dérogatoire est constitutif d'une véritable discrimination, c'est alors tout l'édifice spécifique et exorbitant du droit commun à l'égard des étrangers qui devrait être dénoncé.

La Halde, et à sa suite le Défenseur des droits, ont mis en œuvre une voie médiane destinée à répondre aux réclamations dont l'institution était saisie sans pour autant remettre en cause directement le caractère autorisé et légitimé par le droit des différences de traitement subies par les étrangers. Le Défenseur des droits a pour cela estimé que parmi les règles qui, par définition, ne pouvaient s'appliquer qu'aux étrangers - notamment, le droit d'entrer sur le territoire français et celui de solliciter un titre de séjour - certains étrangers pouvaient être discriminés par rapport à d'autres étrangers, sur le fondement d'un critère de discrimination autre que celui de la nationalité (1). Il a par ailleurs relevé l'existence de discriminations à raison de la nationalité résultant des différences de traitement entre étrangers, selon la nationalité qu'ils détiennent et ce, dans le contexte d'un droit complexe aux sources multiples : discrimination à rebours subies par les conjoints de Français (2) et discriminations résultant du sort parfois moins favorable réservé aux étrangers relevant de conventions bilatérales (3).

### ***Des discriminations en matière de séjour fondée sur des critères autres que celui de la nationalité***

La loi du 7 mars 2013 relative au droit des étrangers met un terme à une discrimination importante dans l'accès au regroupement familial et la carte de résident en exonérant de la condition de ressources stables et suffisantes d'un montant au moins égal au SMIC, les bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés (AAH).

La Halde, puis le Défenseur des droits, ont toujours considéré que cette exigence constituait une discrimination fondée sur le handicap à l'égard de ces étrangers. En effet, le montant mensuel maximal de l'AAH étant inférieur au SMIC, ces personnes se voyaient *de facto* exclues du bénéfice du droit au regroupement familial ou de l'accès à la carte de résident.

Le constat de cette discrimination avait déjà conduit, en 2007, à une réforme législative au terme de laquelle les personnes bénéficiant de l'AAH et justifiant d'un taux d'incapacité supérieur ou égal à 80%, se sont vues exempter, pour le regroupement familial, de la condition de ressources<sup>200</sup>. Cette condition a néanmoins perduré pour la délivrance de la carte de résident et l'amélioration concernant le regroupement familial est restée sans effet à l'égard des personnes bénéficiant de l'AAH mais justifiant d'un taux d'incapacité compris entre 50 et 79 %. C'est dans ce cadre que le Défenseur des droits a réitéré

ses recommandations et présenté de nombreuses observations devant les tribunaux saisis par les réclamants, dont plusieurs ont rendu des décisions favorables<sup>201</sup> (décisions n<sup>os</sup> [MLD-2013-145](#) et [MLD-2014-168](#) pour le regroupement familial ; n<sup>os</sup> [MLD-2012-77](#), [MLD-2014-100](#), [MLD-2014-164](#) pour la carte de résident). En effet, alors que les personnes dont le taux d'incapacité permanente est supérieur ou égal à 80 % bénéficient de plein droit de l'AAH, les personnes qui ont un taux d'incapacité inférieur doivent, pour percevoir l'allocation, justifier d'une « *restriction substantielle et durable pour l'accès à l'emploi* »<sup>202</sup>. Ainsi, le seul fait qu'une personne ayant un taux d'incapacité compris entre 50 et 79 % perçoive l'AAH implique qu'il ne lui est pas possible, même avec des aménagements, d'accéder à l'emploi au même titre qu'une personne valide. Dès lors, opposer de façon automatique à ces dernières la condition de ressources fixée par le CESEDA pour pouvoir bénéficier du droit au regroupement familial revient, là encore, à les priver de facto du bénéfice de ce droit.

Ce long combat institutionnel et juridictionnel n'était pas vain. Dix ans après ses premières recommandations et observations devant les tribunaux, si la jurisprudence en la matière reste incertaine, le Défenseur des droits se réjouit de l'évolution législative introduite par la loi relative au droit des étrangers, conformément aux préconisations qu'il a faites au Parlement : toute personne étrangère soumise au CESEDA et bénéficiaire de l'AAH – quel que soit son taux d'incapacité – sera désormais exonérée de la condition de ressources fixée pour le bénéfice du droit au regroupement familial.

**Il regrette toutefois que la démarche du Parlement n'ait pas été menée à son terme pour ce qui concerne l'accès à la carte de résident de certaines personnes handicapées. Il réitère à cet égard ses recommandations tendant à ce que soient exonérées de la condition de ressources, pour l'octroi de la carte de résident, les personnes bénéficiant de l'AAH sur le fondement de l'article L.821-2 du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire les personnes ayant un taux d'incapacité inférieur à 80 % mais démontrant une restriction substantielle et durable pour l'accès à l'emploi.**

**Il constate en outre que ces avancées, aussi favorables soient-elles en termes d'accès au droit de mener une vie familiale normale et au droit de ne pas être discriminé, elles restent sans effet sur les étrangers non soumis aux dispositions du CESEDA mais à celles d'une convention bilatérale signée avec la France, toujours soumis à cette condition de ressources (voir *infra*).**

### *Des discriminations à rebours subies par les conjoints de Français*

Le Défenseur des droits a considéré, dans une décision n° [MLD-2014-071](#) du 9 avril 2014, que le fait que les conjoints de Français bénéficient d'un droit au séjour plus précaire que les conjoints de ressortissants européens vivant en France était constitutif d'une discrimination à rebours fondée sur la nationalité et prohibée par le droit européen. La situation des étrangers, conjoints de Français, est en effet bien moins favorable, à plusieurs égards, que celle des conjoints étrangers de ressortissants de l'Union européenne résidant en France (exigence d'un visa long séjour pour la délivrance d'une carte de séjour temporaire ; droit au séjour plus précaire même si amélioré par la loi du 7 mars 2016 ; acquittement d'une taxe OFII pour la délivrance et le renouvellement de sa carte de séjour ; maintien limité du droit au séjour en cas de rupture de la communauté de vie liée à des violences conjugales).

Parmi l'ensemble des recommandations formulées par le Défenseur des droits, une seule a été retenue : la loi relative au droit des étrangers modifie l'article L.314-9 du CESEDA afin que la carte de résident soit délivrée de plein droit au conjoint de Français marié depuis trois ans.

**En conséquence, le Défenseur des droits réitère ses recommandations au ministre de l'Intérieur tendant à ce que plusieurs modifications du CESEDA soient initiées pour mettre un terme à la discrimination à rebours subie par les conjoints de Français :**

- **supprimer l'obligation de produire un visa long séjour qui pèse sur les conjoints de Français sollicitant la délivrance d'une première carte de séjour ;**
- **exonérer les conjoints de Français de toute taxe liée à la délivrance ou au renouvellement de leur titre de séjour ;**
- **prévoir le renouvellement de droit du titre de séjour du conjoint de Français victime de violences conjugales, même en l'absence d'ordonnance de protection.**

### *Des discriminations résultant du sort moins favorable réservé à certaines catégories d'étrangers du fait de l'existence d'accords bilatéraux*

Les améliorations conduisant à exonérer de la condition de ressources les étrangers titulaires de l'AAH pour l'accès au regroupement familial et à la carte de résident sont sans effet sur la situation des Algériens handicapés. Non soumis au CESEDA mais à l'accord franco-algérien prévoyant également une condition de ressources, ils restent discriminés à raison de leur handicap dans l'exercice du droit fondamental de mener une vie familiale normale.

De la même façon, les Algériens parents d'un enfant malade n'ont pas la possibilité de se voir délivrer une autorisation provisoire de séjour (APS) prévue à l'article L.311-12 du CESEDA (voir *infra*).

Par ailleurs, ainsi qu'il a été développé ci-dessus, si le sort des conjoints étrangers de Français est plus précaire que celui des conjoints étrangers de ressortissants européens, celui des Algériens conjoints de Français est encore plus fragile. En effet, contrairement au CESEDA qui prévoit certains aménagements à la condition de communauté de vie effective entre les époux pour le premier renouvellement du titre de séjour, l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 ne prévoit quant à lui aucune exception. Dès lors, en se fondant sur une application stricte de la jurisprudence administrative, certains juges ont pu confirmer les refus de séjour opposés à des ressortissants algériens conjoints de Français lorsque la communauté de vie entre les époux avait cessé à la suite du décès du conjoint Français<sup>203</sup> ou que la rupture de la communauté de vie faisait suite à des violences conjugales.

Pourtant, le fait que le droit au séjour des ressortissants algériens relève exclusivement de l'Accord franco-algérien n'interdit pas au préfet, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il dispose, d'apprécier, compte tenu de l'ensemble des éléments de la situation personnelle de l'intéressé, l'opportunité d'une mesure de régularisation<sup>204</sup>. Une instruction ministérielle du 9 septembre 2011 recommande d'ailleurs aux préfets de « *tenir compte, parmi d'autres éléments, de la circonstance de violences conjugales attestée par tous moyens, en particulier par ordonnance de protection, pour décider du droit au séjour d'un ressortissant algérien* »<sup>205</sup>.

Ainsi, la jurisprudence administrative a pu, à de nombreuses reprises, estimer qu'un refus de renouvellement de titre de séjour opposé à un ressortissant algérien sans tenir compte de la circonstance que la communauté de vie avait été rompue en raison de violences conjugales de la part du conjoint Français pouvait être de nature à caractériser une atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'étranger, ainsi qu'une erreur manifeste d'appréciation<sup>206</sup>. Il est en effet possible d'écarter l'application de l'Accord franco-algérien lorsque celle-ci conduit à des situations contraires à l'ordre public international français voire à d'autres conventions plus générales, telles que la Convention EDH [voir la teneur du raisonnement dans PII-I-C-2].

C'est dans ce sens que, saisi du refus de titre de séjour opposé à la conjointe algérienne d'un Français alors que la rupture de la vie commune faisait suite à des violences conjugales, le Défenseur des droits a estimé que cette décision « *fondé[e] uniquement sur les dispositions de l'accord franco-algérien, sans examen des circonstances particulières*

*résultant des violences conjugales, pourrait revêtir un caractère discriminatoire à raison de la nationalité » (décision n° [MLD-2015-243](#)).*

**Pour mettre fin aux discriminations fondées sur la nationalité dont peuvent être victimes les ressortissants étrangers dont le droit au séjour est exclusivement régi par des accords bilatéraux, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur d'intervenir par voie de circulaire ou d'instruction afin de rappeler aux préfets que :**

- ces conventions bilatérales ne les dispensent pas de procéder à l'examen de chaque situation individuelle et d'exercer, le cas échéant, leur pouvoir de régularisation exceptionnelle ;
- ces conventions bilatérales doivent être écartées, notamment à l'égard des Algériens, lorsque l'application de leurs dispositions contrevient à l'ordre public international français ou aux droits fondamentaux protégés par la Convention EDH et la Convention des droits de l'enfant.

### III. L'ÉLOIGNEMENT DES ÉTRANGERS

Nécessaire pendant du pouvoir discrétionnaire des Etats en matière de contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur leur territoire, la possibilité réservée à ces mêmes Etats de prendre des mesures en vue de l'éloignement des étrangers qu'ils ne souhaitent pas – ou plus – accueillir sur leur territoire ne saurait les affranchir du respect des obligations qui leur incombent par ailleurs en vertu des divers instruments internationaux de protection des droits fondamentaux par lesquels ils se trouvent liés. Or, trop souvent, la recherche de l'efficacité de la lutte contre l'immigration irrégulière, que celle-ci soit poursuivie par les textes ou en pratique, conduit à la mise en œuvre de mesures d'éloignement qui, du point de vue de leur bien-fondé (A) autant que des moyens déployés en vue de leur exécution (B), révèlent une prise en compte insuffisante des droits fondamentaux en cause.

#### A. DES MESURES D'ÉLOIGNEMENT AU BIEN-FONDÉ CONTESTABLE

Le livre V du CESEDA prévoit l'ensemble des mesures pouvant être prises pour éloigner un étranger du territoire français : obligation de quitter le territoire français (OQTF), interdiction de retour sur le territoire français (IRTF), arrêté d'expulsion, peine d'interdiction du territoire français (ITF), arrêté de reconduite à la frontière, remise à un autre Etat membre de l'Union européenne. Certaines sont fondées

sur l'absence de droit au séjour de l'étranger, d'autres sur la menace que l'étranger peut représenter pour l'ordre public : à l'exception de la peine d'interdiction du territoire, qui est une sanction pénale prononcée que par le juge judiciaire, ces mesures sont d'ordre administratif et leur contentieux relève de la compétence du juge administratif.

Sur le fond, la possibilité réservée aux autorités administratives et au juge de prendre de telles mesures se trouve limitée par la loi à l'égard de certains étrangers (1). Ce pouvoir doit en tout état de cause être concilié avec les droits conventionnellement consacrés, notamment le droit au respect de la vie privée et familial et l'intérêt supérieur de l'enfant (2). Enfin, l'éloignement des étrangers est encadré par le droit de l'Union européenne. A cet égard, les possibilités élargies de recours à la mesure d'interdiction du territoire ouvertes par la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France soulèvent quelques difficultés (3).

### **1. Des entorses à l'interdiction d'éloigner les étrangers protégés par la loi**

Afin de ménager un juste équilibre entre, d'une part, les objectifs de préservation de l'ordre public et de lutte contre l'immigration illégale et, d'autre part, le respect des droits fondamentaux, le CESEDA prévoit des protections spéciales au bénéfice d'étrangers pour lesquels une mesure d'éloignement emporterait une atteinte particulièrement grave aux droits. Bien qu'elles soient en général posées de manière absolue, ces protections ne suffisent pas toujours à protéger efficacement les étrangers concernés. Ces difficultés peuvent en effet résulter, en premier lieu, du fait que certaines protections soient subordonnées à la réunion d'éléments laissés à l'appréciation des autorités préfectorales. C'est le cas, par exemple, de la protection accordée aux parents d'enfants français : le Défenseur est régulièrement conduit à solliciter le réexamen bienveillant des mesures prises à leur encontre [voir *supra*, PI-I-A-2 sur les difficultés à établir la preuve de la contribution à l'éducation et l'entretien de l'enfant]. Ces difficultés peuvent résulter, en second lieu, des garanties insuffisantes qui entourent ces protections ou de pratiques administratives développées en vue de les contourner. Tels sont les cas des protections établies au bénéfice des étrangers malades (a) ou des mineurs isolés (b). Enfin lorsque l'étranger représente une menace grave pour l'ordre public, certaines de ces protections peuvent n'être que relatives et ne pas suffire, de ce fait, à protéger efficacement les droits fondamentaux des étrangers concernés (c).



### **a. Le cas des étrangers malades : une protection sans garanties**

En 1997, avant même l'instauration d'un droit au séjour pour soins, la protection juridique des malades a vu le jour dans un contexte de lutte contre le Sida. Le législateur – la loi Debré – avait alors considéré comme indispensable de prémunir ces personnes d'un éloignement qui aurait conduit, pour beaucoup, à une mort certaine. C'est ainsi que le CESEDA prévoit, à l'article L.511-4, l'interdiction d'éloigner du territoire français une personne qui encourrait un risque d'une exceptionnelle gravité pour sa santé en raison de l'absence d'un traitement approprié dans son pays d'origine. Sans aller jusqu'à leur conférer un droit au séjour, ces dispositions permettaient d'assurer une protection a minima des droits les plus fondamentaux de la personne : les droits indérogeables à la vie et à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants.

Près de 20 ans après, alors que, d'une part, la loi met en œuvre le droit à la protection de la santé et que, d'autre part, le ministère de la Santé rappelle que les traitements contre le VIH sont absents dans les pays en voie de développement, les obstacles à l'admission au séjour pour soins sont tels que les probabilités que soient éloignées des personnes gravement malades non assurées de bénéficier du traitement dont elles ont besoin, sont de plus en plus fréquentes [voir *supra*, PI-II-B-2-a]. A cet égard, les éloignements des personnes porteuses du VIH vers le Nigéria ou le Surinam – inédits avant 2013<sup>207</sup> – marquent une régression particulièrement terrible. Ce recul, témoin de l'ineffectivité de la protection contre l'éloignement des personnes malades, illustre l'inversion des priorités qui s'est produite entre la « maîtrise » des flux migratoires et le respect des droits fondamentaux, dont le droit à la vie.

**Outre les recommandations à la ministre de la Santé liées au rappel de ses instructions du 11 novembre 2011 aux médecins des ARS et bientôt de l'OFII [voir *supra*, PI-II-B-2-a], le Défenseur des droits souhaite que le ministre de l'Intérieur réitère aux préfets la portée de l'article L.511-4 du CESEDA, lequel prohibe l'éloignement des personnes malades et dont le défaut de prise en charge dans leur pays d'origine aurait des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Le Défenseur rappelle qu'une mesure d'éloignement prise en méconnaissance de ces principes constitue une violation des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme.**

### **b. Le cas des mineurs isolés : une protection mise à mal par des procédures expéditives ou illégales**

Les mineurs qui, rappelons-le, ne sont pas concernés par l'obligation de détenir un titre de séjour<sup>208</sup>, bénéficient d'une protection absolue

contre l'éloignement. Ainsi, si le CESEDA ne s'oppose pas à ce qu'il soit procédé à l'éloignement lorsque le mineur accompagne ses parents visés par une mesure<sup>209</sup>, il exclut expressément qu'ils puissent faire eux-mêmes l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'un arrêté d'expulsion.

#### **i. Des éloignements opérés au terme d'évaluations trop hâtives de la minorité**

De plus en plus fréquemment, le Défenseur des droits se trouve saisi, par l'intermédiaire d'avocats ou d'associations intervenant en centres de rétention, de situations de jeunes placés en centre de rétention administrative (CRA) en vue de leur éloignement alors qu'ils se disent mineurs. En général, ces jeunes sont interpellés sur la voie publique ou lorsqu'ils se présentent spontanément au commissariat pour y demander de l'aide. Parfois, ils sont munis d'un acte de naissance. A leur arrivée au commissariat, ils subissent un interrogatoire puis, dans la plupart des cas, un examen radiologique osseux réalisé sur réquisition du Parquet. Très souvent, lorsque cet examen « établit » leur majorité, une OQTF assortie d'un arrêté de placement en rétention leur est notifiée.

Or, la fiabilité de ces tests osseux, ainsi que le Défenseur a eu l'occasion de le souligner à plusieurs reprises, est incertaine (décisions n<sup>os</sup> [MDE-2012-179](#) et [MDE-2016-52](#)). Dès lors, le placement en rétention sur cette seule base, sans prise en compte des actes d'état-civil présentés, prive d'effectivité l'interdiction d'éloigner les mineurs isolés. Bien trop hâtives, ces évaluations vont à l'encontre des préconisations des circulaires du 31 mai 2013<sup>210</sup> et 25 janvier 2016<sup>211</sup> relatives à la prise en charge des jeunes isolés étrangers, lesquelles prévoient que l'évaluation de la minorité doit s'appuyer sur un « faisceau d'indices » incluant des entretiens et la vérification des documents d'état-civil et précisent que l'expertise médicale ne devrait avoir lieu qu'après ces premières étapes, si le doute persiste (voir *infra*, partie II). Outre qu'il contrevient à ces préconisations, le placement en rétention de jeunes à la minorité contestée sur la seule base d'un test osseux revient par ailleurs à les priver, purement et simplement, du bénéfice du protocole de mise à l'abri prévu par la circulaire du 31 mai 2013 en faveur des jeunes étrangers se déclarant mineurs. Enfin, ces évaluations hâtives de la minorité sont d'autant plus regrettables que, dans plusieurs des cas dont le Défenseur a été saisi, il s'est avéré que le jeune concerné était suivi par un juge des enfants qui avait prononcé une mesure de protection judiciaire.

Lorsqu'il a été saisi, le Défenseur a pu, avec des résultats inégaux, intervenir auprès des préfets pour demander à ce que les jeunes concernés fassent l'objet d'une évaluation socio-éducative ou à ce

qu'il soit procédé à l'authentification de leurs actes d'état-civil. Dans certains cas, il a également été conduit à présenter des observations devant les juridictions saisies de la légalité des mesures d'éloignement (décisions n° [MDE-2013-66](#), observations suivies par la juridiction, et n° [MDE-2015-157](#) observations non suivies par la juridiction).

**Inquiet de ce qu'il puisse être procédé à l'éloignement forcé de jeunes déclarés majeurs au terme d'évaluations hâtives de leur minorité, et considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur toutes autres considérations, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur :**

- de prescrire aux forces de l'ordre confrontées à un jeune étranger se déclarant mineur de vérifier auprès des services du Conseil départemental que la situation du jeune n'est pas déjà connue et, si tel n'est pas le cas, de l'orienter vers les services chargés de l'évaluation des jeunes isolés se déclarant mineurs afin qu'il puisse bénéficier d'une évaluation conforme aux préconisations des circulaires des 31 mai 2013 et 25 janvier 2016 ;
- de rappeler aux préfets que, conformément à l'interdiction absolue qui leur est faite d'éloigner un mineur isolé, ils doivent, lorsqu'ils envisagent de prendre une mesure d'éloignement à l'encontre d'un jeune étranger dont la minorité est contestée, tenir compte de l'ensemble des éléments produits par le jeune à l'appui de la minorité, et notamment de procéder le cas échéant à la vérification des actes d'état-civil présentés conformément aux prescriptions de l'article 47 du code civil. A cet égard, un arrêté de placement en rétention ne faisant à aucun moment mention dans ses motifs de l'acte d'état civil présenté par le jeune devrait être regardé comme illégal.

Plus généralement, le Défenseur des droits réitère sa recommandation, déjà formulée dans sa décision n° [MDE-2012-179](#), tendant à ce qu'une évaluation complète de la situation des mineurs isolés par les services socio-éducatifs puisse intervenir avant toute convocation, audition, ou présentation systématique à la police aux frontières.

#### *ii. A Mayotte : des éloignements opérés via le rattachement à un tiers non investi de l'autorité parentale*

L'interdiction absolue d'éloigner un mineur rencontre, dans les faits, un infléchissement important à Mayotte. Faute de pouvoir reconduire à la frontière un mineur isolé interpellé à son arrivée sur le territoire mahorais via une embarcation de fortune, l'administration cherche parfois à établir un lien artificiel entre cet enfant et un adulte en situa-

tion irrégulière arrivé par les mêmes moyens. De la sorte, la mesure d'éloignement prise à l'égard de l'adulte concerne également l'enfant. Dans la mesure où les procédures d'éloignement depuis Mayotte sont expéditives faute d'un véritable recours suspensif, la plupart des personnes sont éloignées avant que le juge n'ait été saisi [voir *infra*, PII-I-B-2].

Le Défenseur des droits a néanmoins pu être saisi, à plusieurs reprises, par des ressortissants comoriens résidant régulièrement à Mayotte dont les enfants, certains en très bas âge, avaient été placés en rétention administrative puis reconduits à destination des Comores. A chaque fois, il a présenté des observations et a, de ce fait, contribué à faire évoluer la jurisprudence.

Par exemple, dans sa décision n° [MDE-MLD-2015-002](#) du 6 janvier 2015, il est intervenu devant le Conseil d'Etat dans le cadre d'un contentieux introduit par la mère d'un enfant de 9 ans, concerné par une telle pratique et éloigné après avoir été placé en centre de rétention. Plusieurs éléments permettaient pourtant d'attester que cet enfant disposait d'attaches familiales à Mayotte, ses parents y résidant sous couvert de titres de séjour portant la mention « vie privée et familiale ».

A l'aune de la jurisprudence interne et européenne, le Défenseur a observé que l'éloignement du mineur avait contrevenu d'une part, à l'article 8 de la Convention EDH, l'enfant devant pouvoir vivre auprès de ses parents et méconnu, d'autre part, l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que les stipulations de l'article 3 de la Convention EDH aux termes desquelles nul ne peut être soumis à un traitement inhumain ou dégradant. En effet, la mesure d'éloignement a eu pour conséquence de laisser livrer à lui-même un enfant âgé de 9 ans, sans que le préfet de Mayotte, ni le juge des référés de première instance, ne se soient assurés qu'il serait réacheminé en toute sécurité vers son pays d'origine, qu'il ne serait pas exposé à des risques de mauvais traitements et qu'il serait effectivement pris en charge par une personne habilitée à l'accueillir.

Par une décision du 9 janvier 2015, le juge des référés du Conseil d'Etat a considéré, comme le Défenseur des droits, que le placement en rétention et l'éloignement forcé d'un enfant mineur devaient être entourés des garanties particulières qu'appelle l'attention primordiale qui doit être accordée à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant, en vertu de l'article 3-1 de la CDE<sup>212</sup>. Il en découle que l'autorité administrative doit s'attacher à vérifier, dans toute la mesure du possible, l'identité d'un étranger mineur, la nature exacte des liens qu'il entretient avec la personne majeure qu'il accompagne, ainsi que les conditions de sa prise en charge dans le lieu à

destination duquel il est éloigné. Le Conseil d'Etat a enfin enjoint à l'administration d'examiner la demande de regroupement familial au bénéfice de l'enfant dans un délai de 15 jours à compter de la réception du dossier, sous astreinte de 100 euros par jour de retard.

Cette décision constitue une véritable avancée. Dans le prolongement de son ordonnance du 25 octobre 2014<sup>213</sup>, le Conseil d'Etat vient encadrer plus précisément l'action de l'administration, sachant que le prononcé de l'astreinte, particulièrement inhabituel dans ce type de contentieux, est de nature à l'obliger à plus de diligences lorsqu'un étranger mineur est en cause.

Alors que le contrôle juridictionnel de ces mesures est particulièrement nécessaire, la plupart des reconduites à la frontière depuis Mayotte ont lieu en dehors du contrôle du juge, faute de droit au recours suspensif contre les mesures d'éloignement. Or, cette décision jurisprudentielle, aussi favorable soit-elle, ne règle rien concernant cette question de droit. Seul le législateur pourrait y remédier [voir *infra*, PII-I-B-2].

### **c. Le cas des personnes représentant ou ayant représenté une menace pour l'ordre public : des régimes insuffisamment protecteurs des droits.**

Certaines mesures d'éloignement, comme l'expulsion<sup>214</sup>, ne visent pas tant à sanctionner le séjour irrégulier de l'étranger qu'à prévenir un risque d'atteinte à l'ordre public. D'autres encore, visent à sanctionner un comportement réprimé par le code pénal. C'est le cas de la peine d'interdiction du territoire français (ITF), parfois qualifiée de « double peine », qui peut être prononcée par le juge répressif, à titre de peine principale ou complémentaire, à l'encontre de l'étranger reconnu coupable de certaines infractions pénales<sup>215</sup>. Ces mesures, susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'étrangers ayant de fortes attaches avec la France et se trouvant en séjour régulier depuis de nombreuses années, peuvent être particulièrement attentatoires au droit de mener une vie privée et familiale normale. Au travers des saisines qui lui ont été adressées, le Défenseur des droits constate que les protections prévues par le CESEDA pour limiter ces atteintes présentent des faiblesses liées à la trop forte prépondérance qui est accordée à l'objectif d'ordre public, au détriment de la prise en compte des droits fondamentaux. C'est notamment le cas des protections prévues contre l'expulsion du territoire.

L'expulsion est une décision administrative pouvant être prise par le préfet ou le ministre de l'Intérieur à l'encontre d'un étranger qui représente une menace grave pour l'ordre public. Toutefois, lorsque l'étranger a des attaches très fortes avec la France (arrivé arrivés en

France avant 13 ans, résidence régulière en France depuis plus de 10 ans, etc.) ou que son état de santé est tel qu'un retour dans le pays d'origine aurait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, l'expulsion ne peut être prononcée qu'en raison de considérations particulièrement fortes d'ordre public (nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique ; comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, 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)<sup>216</sup>. En outre, la mesure d'expulsion ne peut en aucun cas viser un mineur et ne peut être prise, à l'encontre d'un réfugié, qu'après avis de la Cour nationale du droit d'asile<sup>217</sup>.

Par ailleurs, le prononcé de la mesure d'expulsion est assorti d'un certain nombre de garanties procédurales. Sauf en cas d'urgence absolue, l'étranger doit avoir été préalablement avisé et entendu par la commission départementale des expulsions<sup>218</sup>. La mesure peut être contestée en vue de son annulation devant le juge administratif qui procèdera à la mise en balance d'éléments tels que la gravité et l'ancienneté de la condamnation pénale, le comportement de l'étranger depuis sa condamnation, l'établissement d'une vie familiale ancienne, stable et intense<sup>219</sup>. L'abrogation peut également être demandée à l'administration à tout moment<sup>220</sup>. Enfin, le CESEDA prévoit que les motifs de l'arrêté d'expulsion donnent lieu à réexamen tous les cinq ans, l'autorité administrative devant tenir compte dans ce cadre de l'évolution de la menace que constitue l'intéressé pour l'ordre public ainsi que des changements intervenus dans sa situation personnelle et familiale<sup>221</sup>.

Si ce réexamen quinquennal systématique va incontestablement dans le sens de la recherche d'un juste équilibre entre les principes en cause, il devrait, pour être pleinement efficace, être entouré de garanties renforcées. En effet, si le CESEDA prévoit que l'étranger peut, à l'occasion de ce réexamen, présenter des observations écrites<sup>222</sup>, les textes ne précisent pas en revanche les modalités de cette intervention. Par ailleurs, il est regrettable que la commission départementale des expulsions ne soit pas consultée dans le cadre de ce réexamen. Enfin, le délai de 5 ans retenu pour l'échéance de ce réexamen apparaît excessivement long au regard des possibilités d'amendements de l'étranger et d'évolutions de sa situation personnelle et familiale susceptibles d'intervenir dans un tel délai.

**Afin de ménager un meilleur équilibre entre l'objectif de préservation de l'ordre public poursuivi par une mesure d'expulsion et les droits fondamentaux auxquels elle porte atteinte par ailleurs, le Défenseur des droits recommande que le législateur in-**

terviennne pour renforcer les garanties offertes par la procédure de réexamen systématique des mesures d'expulsion prévue à l'article L.514-2 du CESEDA . A cet égard, il estime qu'il serait opportun de :

- réduire à 3 ans le délai de 5 ans fixé par l'article L.514-2 du CESEDA pour ce réexamen ;
- prévoir que l'étranger soit informé par écrit de ce que sa situation va être réexaminée. Cette information écrite devra rappeler les voies et délais de recours ouverts en cas de maintien de la mesure d'expulsion et être produite dans un délai suffisant pour permettre à l'intéressé de rassembler toutes les informations et pièces utiles à produire à l'appui de sa situation ;
- prévoir que la Commission départementale des expulsions prévue à l'article L.522-1 du CESEDA soit consultée dans le cadre de ce réexamen, afin de favoriser la mise en place d'un débat collégial sur l'actualité de la menace à l'ordre public représentée par l'étranger, ainsi que sur l'évolution de sa situation personnelle et familiale.

## **2. La difficile conciliation de l'éloignement des parents d'enfants mineurs avec le droit au respect de la vie privée et familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant**

Outre les cas de mesures d'éloignement prises à l'encontre d'étrangers bénéficiant de protections légales expresses, le Défenseur des droits se trouve régulièrement saisi de telles mesures d'éloignement prises à l'encontre de parents d'enfants mineurs. Or, bien que ceux-là ne bénéficient d'aucune protection légale<sup>223</sup>, leur éloignement peut néanmoins soulever des difficultés au regard des obligations internationales de la France, et notamment du droit à la vie privée et familiale tel que protégé par l'article 8 de la Convention EDH, ainsi que de la CDE imposant aux autorités de faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toutes leurs décisions concernant des enfants et de veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré<sup>224</sup>.

Si le juge administratif conclut, dans la majorité des cas, à la légalité de la mesure<sup>225</sup>, il vérifie en revanche que le préfet a tenu compte, conformément aux normes internationales, que rien ne s'oppose à la reconstitution de la cellule familiale dans le pays d'origine du parent éloigné : parents divorcés exerçant conjointement l'autorité parentale<sup>226</sup>, parents de nationalités différentes<sup>227</sup>, parents de même nationalité dont l'un bénéficie du statut de réfugié<sup>228</sup>, enfants faisant l'objet d'un placement au titre de la protection de l'enfance<sup>229</sup>, parents dont

l'on des deux est dans l'impossibilité de quitter la France en raison de son incarcération<sup>230</sup>.

A cet égard, le Défenseur des droits s'est prononcé sur le caractère expéditif des vérifications opérées par les autorités mahoraises avant de procéder à l'éloignement de personnes en situation irrégulière, et notamment sur la non prise en compte de leur situation de parents d'enfants mineurs. Dans sa décision n° [MDS-2013-235](#), le Défenseur constatait en effet qu'il ressortait de tous les procès-verbaux qui lui avaient été transmis que les autorités omettaient de demander aux intéressés s'ils avaient des enfants et l'âge éventuel de ces derniers. De telles pratiques, qui ouvrent la possibilité à ce que des parents soient éloignés sans leurs enfants mineurs, se heurtent à l'obligation de faire de l'intérêt supérieur des enfants une considération primordiale.

En dehors de la préservation de la cellule familiale, le juge peut par ailleurs sanctionner la mesure d'éloignement prise à l'encontre du parent d'un enfant gravement malade qui ne pourrait bénéficier, dans son pays d'origine, des soins nécessaires à l'amélioration de son état de santé<sup>231</sup>, ou encore, lorsque l'enfant est scolarisé en France depuis longtemps et qu'un retour dans son pays d'origine, en l'obligeant à interrompre sa scolarité, emporterait des conséquences défavorables sur son éducation<sup>232</sup> ou, enfin, lorsque l'enfant est né en France et y a passé l'essentiel de sa vie<sup>233</sup>.

Saisi de ces cas, le Défenseur est régulièrement conduit à solliciter le réexamen bienveillant de la situation de parents étrangers d'enfants mineurs résidant en France et faisant l'objet d'un placement en CRA. En dépit de ces interventions, l'annulation des arrêtés de placement en rétention de ces parents demeure rare. Lorsqu'ils sont parents d'enfants scolarisés en France, ils devraient d'autant plus être épargnés de telles mesures d'éloignement que la circulaire du ministre de l'Intérieur du 28 novembre 2012 relative aux conditions d'examen des demandes d'admission exceptionnelle au séjour<sup>234</sup>, prend expressément en compte leur situation en leur permettant, sous certaines conditions cumulatives, d'être régularisés sur le fondement de l'article L.313-14 du CESEDA et de bénéficier d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale ».

**Conformément aux stipulations de l'article 3-1 de la CDE, le Défenseur des droits recommande que le ministre de l'Intérieur intervienne par voie d'instruction ou de circulaire pour préciser, au regard de la jurisprudence établie, les critères devant conduire les préfets à envisager favorablement l'admission exceptionnelle au séjour de parents étrangers d'enfant mineur : scolarisation, état de santé de l'enfant, impossibilité de reconstitution**



de la cellule familiale à l'étranger en raison de la séparation des parents, de leur différence de nationalité, du statut de réfugié de l'autre parent ou de ses attaches en France, du placement de l'enfant, de l'incarcération de l'un des parents, etc. Cette circulaire viendrait utilement compléter les critères d'ores et déjà établis par la circulaire du 28 novembre 2012.

### **3. Un élargissement des possibilités de recours aux interdictions de retour sur le territoire français outrepassant le cadre fixé par le droit européen**

Depuis la loi du 16 juin 2011, dite loi « Besson », l'autorité administrative peut, par décision motivée, assortir l'OQTF prise à l'encontre d'un étranger en situation irrégulière d'une interdiction de retour sur le territoire pour une durée pouvant aller jusqu'à trois ans<sup>235</sup>. Jusqu'à présent, le recours à cette mesure, qui vise non pas seulement à éloigner mais à tenir éloigné du territoire l'étranger qui y aurait irrégulièrement séjourné, est toutefois demeuré marginal<sup>236</sup>. Or, plusieurs dispositions introduites par la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France tendent à généraliser les possibilités de prononcer de telles interdictions. La nouvelle loi prévoit en effet qu'une interdiction de retour soit automatiquement notifiée à l'étranger sommé de quitter le territoire sans délai de départ volontaire ou qui n'aurait pas exécuté une précédente obligation de quitter le territoire dans le délai de départ volontaire imparti (a) et crée une nouvelle mesure d'éloignement à destination des ressortissants de l'Union européenne : l'interdiction de circuler sur le territoire français (b).

#### **a. Des interdictions de retour (IRTF) automatiquement prononcées à l'encontre de certains étrangers**

La loi du 7 mars 2016 prévoit de rendre automatique le prononcé d'une IRTF lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger ou lorsque celui-ci n'a pas satisfait à cette obligation dans le délai imparti. Si sur ce point, la loi transpose la directive européenne du 16 décembre 2008 dite « retour »<sup>237</sup>, elle semble le faire de manière partielle, en omettant d'intégrer dans le droit interne certaines exigences européennes qui visent à ne pas multiplier les cas de non-respect d'interdictions de retour.

Par exemple, si la directive prévoit que le délai de départ volontaire peut être refusé à l'étranger lorsqu'il existe un risque de fuite, il ressort des débats ayant présidé à sa rédaction, comme de la jurisprudence de la CJUE que ce risque de fuite ne peut être regardé comme établi qu'au terme d'un examen au cas par cas mené sur la base de critères objectifs. Or, le droit interne a une acception beaucoup plus large de ce risque, lequel est établi sur la base de simples présomp-

tions légales et sans examen particulier de chaque situation<sup>238</sup>. Ainsi, le législateur français autorise finalement un recours à la mesure d'interdiction de retour bien plus large que ce qui est envisagé par le droit européen.

Une telle généralisation des décisions d'interdiction de retour apparaît d'autant plus préoccupante que les garanties qui l'entourent sont faibles. La loi ne formule en effet qu'en des termes très imprécis – « des *circonstances humanitaires* » – les exceptions admises au prononcé automatique de cette interdiction<sup>239</sup>, sans préciser quelles pourraient être ces circonstances. Par ailleurs, les possibilités d'abrogation de ces interdictions de retour s'avèrent restreintes<sup>240</sup>. De telles restrictions sont particulièrement regrettable au regard, d'une part, du délai très court ouvert pour contester la mesure devant le juge (48 heures, en même temps que l'OQTF) et, d'autre part, des conséquences lourdes qu'elle emporte, privant, pendant une voire plusieurs années, l'étranger de toute perspective de retour ou, s'il n'a pas exécuté l'obligation de quitter le territoire, de régularisation de sa situation. Rappelons que les étrangers concernés par ces mesures ne menacent en rien l'ordre public, mais ont simplement été, à un moment donné, en infraction avec les règles du séjour.

**Afin que l'automatisme des interdictions de retour prononcées à l'encontre de certains étrangers ne porte pas d'atteintes excessives à leurs droits fondamentaux, le Défenseur des droits recommande que le législateur intervienne pour :**

- mettre les possibilités de prolongation ou de refus du délai de départ volontaire en conformité avec le droit de l'Union européenne, notamment s'agissant des circonstances à prendre en compte pour la prolongation du délai de départ volontaire et de la caractérisation du risque de fuite ;
- préciser la notion de « circonstances humanitaires » justifiant que l'autorité administrative ne prononce pas d'interdiction de retour ;
- ouvrir aux étrangers relevant, du fait d'un changement de circonstances, de l'une des situations visées à l'article L.511-4 du CESEDA – lequel dresse la liste étrangers protégés contre l'éloignement –, la possibilité de demander l'abrogation de l'interdiction de retour sur le territoire dont ils font l'objet sans avoir à solliciter au préalable leur assignation à résidence.

#### **b. Des interdictions de retour susceptibles d'être prononcées à l'encontre de ressortissants de l'Union européenne**

Dans la continuité de la loi du 16 juin 2011, laquelle avait inscrit dans le CESEDA la possibilité de prononcer une OQTF à l'encontre d'un ressortissant de l'Union européenne dont le séjour serait constitutif d'un

« abus de droit » ou dont le comportement constituerait une menace à l'encontre d'un intérêt fondamental de la société<sup>241</sup>, la loi du 7 mars 2016 prévoit que cette OQTF puisse être assortie d'une interdiction de circuler sur le territoire d'une durée maximale de 3 ans<sup>242</sup>.

Dans ses avis n<sup>os</sup> [15-17](#), [15-20](#) et [16-02](#) sur le projet de loi relatif au droit des étrangers, le Défenseur des droits s'est prononcé contre la création de cette nouvelle interdiction du territoire, dans la mesure où elle vient se greffer à une mesure d'éloignement dont la conformité au droit de l'Union européenne apparaît d'ores et déjà contestable.

Or, si les possibilités de prononcer des OQTF à l'encontre de ressortissants européens ouvertes en droit français outrepassent ce qui est admis par le droit européen, la possibilité d'assortir ces décisions d'interdictions de circuler sur le territoire, introduite par la loi du 7 mars 2016, est alors elle-même, *a fortiori*, contraire au droit de l'Union européenne.

**En conséquence, le Défenseur des droits réitère sa recommandation tendant à la suppression du nouvel article L.511-3-2 du CESEDA ;**

**Par ailleurs, le Défenseur des droits recommande que le ministre de l'Intérieur intervienne par voie de circulaire ou d'instruction pour préciser, dans un sens conforme au droit de l'Union européenne, ce que peuvent recouvrir les notions de menace à l'ordre public ou d'abus de droit susceptibles de fonder le prononcé de mesures d'éloignement à l'encontre de ressortissants européens.**

## B. DES MESURES D'ÉLOIGNEMENT EXÉCUTÉES AU MÉPRIS DE CERTAINS DROITS FONDAMENTAUX

Les affaires traitées par le Défenseur des droits, et avant lui, la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS) dont il a repris les missions, ont permis de constater que, trop souvent, les impératifs de rapidité dans la mise en œuvre de procédures d'éloignement, quelles qu'elles soient, priment sur le respect des droits des étrangers<sup>243</sup>.

### 1. Atteintes dans le cadre des interpellations

Le Défenseur des droits a été saisi de cas où l'interpellation en vue de procéder à l'éloignement forcé de la personne étrangère concernée, bien que fondée en droit, soulevait des difficultés au regard d'autres droits en jeu : en l'occurrence, l'intérêt supérieur de l'enfant (a) et le droit des victimes à déposer plainte (b).

### a. Interpellations faites au mépris de l'intérêt supérieur de l'enfant

Si rien ne s'oppose à l'éloignement forcé des mineurs qui accompagnent leurs parents faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, la mise en œuvre de ces mesures ne doit néanmoins pas dispenser les forces de l'ordre de prendre en compte, conformément aux stipulations de l'article 3-1 de la CDE, l'intérêt supérieur des enfants qui subissent les conséquences de la mesure prise à l'encontre de leurs parents.

A cet égard la CNDS avait déjà, avant le Défenseur des droits, dénoncé les conditions dans lesquelles s'étaient déroulées les interpellations de familles à qui l'on n'avait laissé que quelques dizaines de minutes pour préparer les affaires nécessaires au départ des enfants (livres scolaires, vêtements, couches, jouets, etc.)<sup>244</sup>

Plus récemment, le Défenseur des droits s'est prononcé sur le cas d'une collégienne interpellée au cours d'une sortie scolaire pour être conduite auprès de ses parents qui avaient eux-mêmes été interpellés le matin même en vue de la mise en œuvre de leur éloignement du territoire (n° [MDS-2014-019](#)). Tout en relevant que les policiers en uniforme, intervenant sur ordre, avaient fait preuve de discernement en s'adaptant au mieux à la situation qu'ils découvraient, notamment en s'efforçant d'agir hors de la vue des autres enfants présents, le Défenseur a néanmoins considéré que cette intervention en milieu scolaire ou périscolaire était inopportune et portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet intérêt ne pouvait, en effet, être mis en balance avec des considérations matérielles, telle que la volonté de mener à son terme une opération programmée, et pour laquelle des billets d'avion avaient été achetés.

A la suite de cette affaire, le ministre de l'Intérieur a pris une nouvelle instruction visant à préciser et compléter les règles en vigueur prescrivant que l'exécution des mesures d'éloignement d'étrangers en situation irrégulière ne devait en aucun cas donner lieu à des interventions au sein ou aux abords des écoles et établissements scolaires<sup>245</sup>, qu'il s'agisse du temps scolaire ou périscolaire, comme à l'ensemble des activités organisées par les structures destinées à l'accueil collectif des mineurs.

Si le Défenseur des droits prend acte avec satisfaction de la diffusion de cette nouvelle instruction, il constate néanmoins qu'elle ne va pas aussi loin que les préconisations formulées par une circulaire du 31 octobre 2005<sup>246</sup>, incidemment abrogée par la circulaire du 28 novembre 2012 relative à l'examen des demandes d'admission exceptionnelle au séjour formulées par les étrangers en situation irrégulière.

lière<sup>247</sup>. En effet, la circulaire de 2005 proscrivait non seulement toute intervention au sein des établissements scolaires ou à leurs abords, mais recommandait également d'attendre la fin de l'année scolaire pour mettre en œuvre une mesure de reconduite à l'égard d'une famille dont un ou plusieurs enfants étaient scolarisés depuis plusieurs mois.

**Le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur de prendre une nouvelle circulaire pour préciser les éléments à prendre en compte lors des interpellations réalisées en vue de l'exécution de mesures d'éloignement lorsque celles-ci impliquent des mineurs : nécessité d'accorder un temps raisonnable à la préparation des affaires, reprise des préconisations de l'instruction du 19 octobre 2013 en les complétant par interdiction d'exécuter une mesure d'éloignement pendant l'année scolaire si les enfants sont scolarisés depuis plusieurs mois.**

#### **b. Interpellations entravant le droit des victimes à porter plainte**

A plusieurs reprises, le Défenseur des droits, et avant lui la CNDS, ont été saisis de cas de personnes étrangères en situation irrégulière interpellées en vue de leur éloignement alors qu'elles étaient venues déposer une plainte pour violences. Dans les avis n<sup>os</sup> [2008-51](#) et [2008-85](#), la CNDS a critiqué les conditions de ces interpellations qui, en faisant primer la situation irrégulière des personnes interpellées sur leur qualité de victime, revenaient dans les faits à priver ces dernières du droit de déposer plainte et conféraient aux auteurs des violences une certaine impunité. Si le ministre de l'Intérieur de l'époque avait souscrit à ces critiques, il semble qu'aucune mesure n'ait été prise depuis lors.

Le Défenseur des droits a ainsi pris une décision n<sup>o</sup> [MDS-2010-66](#) concernant une jeune fille en situation irrégulière qui s'était présentée dans une brigade de gendarmerie pour demander de l'aide après avoir été victime de coups et blessures de la part d'un membre de sa famille chez lequel elle habitait. S'étant enfuit de son domicile, la jeune fille avait demandé aux militaires de la gendarmerie qu'ils interviennent pour l'aider à récupérer ses affaires restées chez l'auteur présumé des violences. Lors de cette opération, l'un des militaires avait retenu son passeport, puis constaté l'irrégularité de sa situation sur le territoire français. La jeune fille avait alors été convoquée à la brigade au motif, selon elle, de déterminer si elle souhaitait porter plainte contre son agresseur. Or, dès son arrivée, elle avait été placée en garde à vue pour maintien sur le territoire français au-delà du délai de départ volontaire fixé par l'OQTF dont elle faisait l'objet, puis reconduite le lendemain vers le Maroc.

Sans remettre en cause le bien-fondé de la reconduite à la frontière, le Défenseur a néanmoins estimé que le fait de mettre immédiatement en œuvre une procédure de reconduite à la frontière à l'encontre d'une personne venue dénoncer aux forces de l'ordre une infraction dont elle a été victime conduisait, dans les faits, à dissuader les victimes d'infractions dépourvues de titre de séjour de déposer plainte. Compte tenu du déroulement des faits, le Défenseur a également recommandé qu'un texte soit diffusé aux officiers de police judiciaire de la police nationale et de la gendarmerie nationale afin de leur rappeler les exigences de loyauté préconisées par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation en matière d'interpellation des étrangers en situation irrégulière.

Dans son arrêt *Conka*<sup>248</sup>, la Cour EDH avait considéré que le fait de consciemment tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté, n'était pas compatible avec l'article 5 de la Convention, garantissant à toute personne le droit à la liberté et à la sûreté.

A la suite de cette jurisprudence, la Cour de cassation avait rendu plusieurs arrêts, le 11 mars 2009, dans lesquels elle précisait la portée de l'obligation de loyauté dans l'interpellation des personnes en séjour irrégulier, notamment lorsqu'une procédure judiciaire ou administrative est utilisée par les autorités dans un but autre que celui invoqué.

Dans sa réponse à cette décision, le ministre de l'Intérieur a souscrit au raisonnement du Défenseur des droits et précisé qu'il demanderait au DGGN et au DGPN de rappeler ces principes à leurs agents. Aucune note n'aurait toutefois été diffusée depuis lors.

Le Défenseur des droits réitère donc ses recommandations aux DGGN et DGPN de diffuser à leurs agents une note rappelant les exigences de loyauté préconisées par la Cour EDH et la Cour de cassation qui s'imposent dans l'interpellation des personnes en séjour irrégulier.

Le Défenseur des droits recommande également que des dispositions soient prises afin que les personnes étrangères victimes de violences soient informées, au moment où elles portent plainte, des dispositions protectrices du CESEDA dont elles pourraient éventuellement bénéficier (protections spécifiques prévues pour les personnes victimes de violences conjugales, victimes de la traite ou de proxénétisme).

## 2. Atteintes dans le cadre de la rétention

Prévue par l'article L.551-1 du CESEDA, la rétention administrative des étrangers se distingue essentiellement de la peine privative de liberté prise en matière pénale par sa finalité pragmatique plutôt que ré-

pressive. La mesure de rétention vise en effet seulement à permettre aux autorités de s'assurer de la présence d'un étranger non autorisé à séjourner sur le territoire afin de procéder effectivement à son éloignement forcé.

Aussi, développée à l'origine comme une pratique policière en marge du droit, la rétention administrative n'a pas toujours bénéficié de la solide assise législative dont elle jouit aujourd'hui. Au milieu des années 1970, la découverte du centre d'Arcenc, hangar situé dans l'enceinte du port de Marseille, a contribué à dévoiler les pratiques de rétention administrative au grand public. Il s'en est suivi un important effort pour développer l'encadrement juridique de ces pratiques, au niveau réglementaire d'abord<sup>249</sup>, et législatif ensuite, avec les lois des 10 janvier 1980 et 2 février 1981, puis la loi « Questiaux » du 29 octobre 1981, qui pose les bases du régime actuel de la rétention.

Depuis 2008, la directive « retour »<sup>250</sup> dote également la pratique d'une base légale européenne. Subordonnant le placement en rétention des étrangers à un principe de subsidiarité<sup>251</sup>, cette directive illustre la profonde ambivalence dont se trouvent empreintes les règles développées depuis 30 ans pour encadrer la pratique de la rétention administrative. En même temps qu'elles tendent à la pérennisation et la systématisation d'une mesure privative de liberté dérogatoire au droit commun, elles participent, au même titre que les normes techniques relatives à l'aménagement des centres de rétention administrative, au renforcement des droits de la personne retenue.

De moins en moins remise en cause dans son principe<sup>252</sup>, la pratique de la rétention administrative se trouve ainsi de plus en plus encadrée par le droit. Pourtant, en dépit de cet encadrement, les atteintes aux droits fondamentaux constatées, qu'elles concernent le droit à la liberté et à la sûreté (a), l'intérêt supérieur de l'enfant (b), le droit à la protection de la santé (c), le droit d'asile (d) ou encore le droit des victimes à la réparation de leur préjudice (e), demeurent nombreuses.

### **a. Des atteintes au droit à la liberté et à la sûreté**

Bénéficiant de protections fortes aux niveaux conventionnel<sup>253</sup> et constitutionnel<sup>254</sup>, le droit à la liberté et à la sûreté s'applique pleinement à la privation de liberté que constitue le placement en rétention. Il en résulte qu'aucun placement en rétention ne saurait s'affranchir des voies légales mises en place pour encadrer cette mesure.

Pourtant, dans la décision n° [MDS-2013-218](#), le Défenseur des droits s'est prononcé sur le cas d'un étranger maintenu en rétention jusqu'à sa reconduite aux frontières en dépit du prononcé, par le juge des libertés et de la détention (JLD), d'une ordonnance de fin rétention devenue définitive en l'absence d'appel. La décision de maintien en

rétenion avait été prise oralement, par un fonctionnaire de permanence du service des étrangers d'une préfecture, avec l'aval de son supérieur hiérarchique direct, mais sans que l'autorité préfectorale de permanence n'en soit avisée. Ce maintien était motivé, selon ces agents, par le fait que la décision judiciaire était prise hors cadre légal, le JLD ne pouvant se prononcer avant l'écoulement d'un délai de cinq jours à compter du placement en rétenion.

Dans sa décision n° [MDS-2013-218](#), le Défenseur des droits a rappelé que la seule voie légitime de contestation de la décision judiciaire était l'appel, à défaut duquel la décision judiciaire était exécutoire. En conséquence, le maintien du requérant en rétenion constituait une privation arbitraire de liberté, en violation de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, susceptible également de caractériser une voie de fait. Pour cette raison, le Défenseur avait recommandé de faire connaître sa décision à toutes les personnes intervenues et/ou informées de la décision de maintien de l'étranger en rétenion, dont les autorités préfectorales, et de rappeler aux fonctionnaires de police les dispositions du code de déontologie de la police nationale relatives aux ordres manifestement illégaux. Il a également transmis cette décision pour information au président du TGI concerné, ainsi qu'au procureur de la République. Le Défenseur n'a pas encore reçu de réponse du ministre à cette décision et entend prochainement relancer ce dernier à ce sujet.

### **b. Des atteintes à l'intérêt supérieur de l'enfant**

Le placement en rétenion est susceptible, à plusieurs égards, de porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant tel que protégé par l'article 3-1 de la CDE, d'abord, lorsqu'il concerne des familles (i), et ensuite lorsqu'il concerne des mineurs isolés (ii).

#### La rétenion des familles

Jusqu'à récemment, la loi demeurait silencieuse quant à la possibilité de placer des mineurs étrangers en centres de rétenion. En revanche, une telle pratique semblait admise au niveau réglementaire, les articles R.553-1 et R.553-3 du CESEDA prévoyant des dispositions spécifiques pour l'accueil des familles.

Dans un arrêt en date du 12 juin 2006, le Conseil d'Etat a confirmé la conformité de ces dispositions à l'article 3-1 de la CDE, lequel prévoit que l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale dans toute prise de décision le concernant, et à l'article 37 de la CDE, qui dispose que « *nul enfant ne peut être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible* ». Au terme d'une



jurisprudence constante, la Cour de cassation considère, par ailleurs, que le seul fait de placer en rétention administrative un étranger en situation irrégulière accompagné de son enfant mineur ne constitue pas, en soi, un traitement inhumain ou dégradant tel que prohibé par l'article 3 de la CEDH<sup>255</sup>.

La Cour EDH a conclu au contraire, en 2012, que la France violait l'article de 3 de la Convention interdisant les traitements inhumains ou dégradants. Toutefois, elle ne s'est pas prononcée sur le principe même d'un tel placement mais simplement sur les circonstances de l'espèce pour estimer que « *les conditions dans lesquelles les enfants ont été détenus, pendant quinze jours, dans un milieu d'adultes, confrontés à une forte présence policière, sans activités destinées à les occuper, ajoutées à la détresse des parents, étaient manifestement inadaptées à leur âge* ». La Cour concluait également à une violation de l'article 8 de la Convention EDH, considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant ne commande pas seulement la préservation de l'unité familiale mais aussi la limitation de la détention des familles accompagnées d'enfants ainsi qu'une violation de l'article 5 de la Convention relatif au droit à la liberté et à la sûreté<sup>256</sup>.

Afin de mettre ces pratiques en conformité avec cette jurisprudence, le ministre de l'Intérieur a pris une circulaire<sup>257</sup> prévoyant que le placement des familles en centres de rétention administrative ne devrait désormais être envisagé qu'en dernier recours, lorsqu'une mesure d'assignation à résidence, moins coercitive, ne peut être ordonnée, notamment dans l'hypothèse où l'un des membres de la famille serait l'auteur d'une tentative de fuite ou d'un refus d'embarquement.

En dépit de ces préconisations, le Défenseur se trouve encore régulièrement saisi de cas de mineurs placés en centre de rétention avec leurs parents. Depuis la publication de la circulaire du 6 juillet 2012, il apparaît même que le nombre d'enfants placés en rétention augmente sensiblement chaque année. Ainsi, en 2014, 5 692 enfants ont été enfermés, contre 3 608 en 2013, ce qui représente une hausse considérable de 57 %<sup>258</sup>. Le constat dressé par les cinq associations présentes en centres de rétention administrative pour l'année 2015 n'est pas plus positif, celles-ci évoquant « *un nombre qui a plus que doublé par rapport à l'année 2014* »<sup>259</sup>.

Par ailleurs, le Défenseur des droits se trouve également saisi, de façon plus ponctuelle, de situations d'enfants placés en local de rétention administrative. Or, si l'utilisation de ces locaux est certes prévue par l'article R.551-3 du CESEDA<sup>260</sup>, la législation relative à ces locaux ne prévoit en revanche pas, contrairement à celle relative aux centres de rétention administrative, la possibilité d'y accueillir des familles. Ainsi, tandis que l'article R.553-3 du CESEDA prévoit que « *Les centres*

*de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles disposent en outre de chambres spécialement équipées, et notamment de matériels de puériculture adaptés* », l'article R.553-6 du même code, qui fixe la liste des équipements nécessaires au sein d'un local de rétention administrative, précise seulement que ces derniers doivent disposer de chambres collectives non mixtes, accueillant au maximum six personnes. Ces locaux sont donc, en tout état de cause, incompatibles avec l'accueil des mineurs. Pourtant, en 2014, 676 enfants ont été placés dans des locaux de rétention administrative<sup>261</sup>. Ces pratiques sont d'autant plus inquiétantes qu'elles manquent de visibilité et que l'accès au droit des personnes placées en LRA se trouve réduit, du fait de la brièveté des passages qui y sont effectués, d'une part, et d'une moindre présence associative, d'autre part.

Le Défenseur des droits estime que la rétention administrative d'enfants – accompagnés ou non – est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'aux articles 3, 5 et 8 de la CEDH. C'est pourquoi il a recommandé à plusieurs reprises que soit interdit le placement des mineurs en centres ou locaux de rétention, précisant que cette interdiction ne devrait souffrir d'aucune exception. Il a par ailleurs déposé devant la Cour européenne des droits de l'Homme une tierce intervention dans le cadre de la requête *R.K. c. France*, n° 68264/14 (décision n° [MDE-2015-035](#)).

La loi relative au droit des étrangers en France du 7 mars 2016<sup>262</sup> a entendu consacrer au niveau législatif l'interdiction de placer en rétention les parents accompagnés de mineurs. Toutefois, dans l'avis n° [16-02](#) au Parlement du 15 janvier 2016, le Défenseur a pointé les limites de ce qui pouvait apparaître, à première vue, comme une avancée significative, remarquant que cette apparente avancée se trouvait en réalité battue en brèche du fait des nombreuses dérogations introduites par le législateur à cette interdiction de principe.

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

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

Les dérogations à l'interdiction de la présence de mineurs en CRA sont ainsi proches de celles prévues par la circulaire du 6 juillet 2012.

Or, cette circulaire n'empêche pas le placement quasi quotidien de familles en CRA ou LRA. En outre, la dernière dérogation prévue par le nouveau texte ne figurait pas dans la circulaire. Cette nouvelle dérogation, qui vient probablement légaliser une pratique administrative déjà constatée par le Défenseur des droits au travers des réclamations dont il est saisi, à savoir le placement « éclair » des familles dans un hôtel avant le départ, comporte le risque d'un recours systématique au placement en rétention. Par ailleurs, le Défenseur estime que faire préciser dans la loi que ces placements ont lieu « en considération de l'intérêt du mineur » s'avère pour le moins paradoxal tant l'intérêt supérieur de l'enfant se trouve foulé en cas de privation de liberté au sein des centres de rétention. Sous couvert de l'objectif affiché de limiter le placement des enfants en rétention, la nouvelle loi tend ainsi en réalité à légaliser des pratiques condamnables au regard des articles 3, 5 et 8 de la CEDH et 3-1 de la CDE.

**Le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à ce que soit inscrite dans la loi l'interdiction de recourir à la rétention des mineurs, isolés ou non, et que cette prohibition, ne souffre d'aucune d'exception.**

### *iii. La libération des mineurs isolés*

Les cas de placements en rétention de jeunes à la minorité contestée ont été évoqués plus haut [voir PI-III-A-1-b]. Or, outre le fait que des évaluations trop hâtives de la minorité peuvent conduire au placement en rétention de mineurs isolés en violation de la protection absolue contre l'éloignement dont ils bénéficient, les modalités de libération des jeunes dont la minorité aurait finalement été reconnue par la préfecture, le juge administratif ou le juge des libertés et de la détention, peut soulever des questions au regard de l'article 3-1 de la CDE et de l'article 375 du code civil.

En effet, bien souvent, ces jeunes, reconnus mineurs alors qu'ils étaient placés en CRA sont libérés sans aucune prise en charge, aucune « information préoccupante » ni signalement n'étant transmise au Conseil départemental ou au parquet, indiquant la présence d'un mineur non accompagné en sortie de rétention pouvant se retrouver de ce fait en situation d'errance. Par ailleurs, la décision de libération, quand elle est notifiée, ne mentionne pas toujours le motif de la libération, si bien que le jeune reconnu mineur lors de son placement en rétention ne dispose, par la suite, d'aucune trace de cette première reconnaissance informelle de minorité.

**Le Défenseur des droits recommande :**

- **que la libération d'un jeune isolé placé en CRA sur le motif qu'il aurait été reconnu mineur soit précédée, comme l'exige**

la loi pour tout mineur en risque de danger, de la transmission d'une « information préoccupante » au Conseil départemental par les services préfectoraux et de l'information du mineur isolé sur ses droits et de son orientation vers les services compétents par les services policiers en charge du centre ;

- si le jeune est libéré par le JLD ou le juge administratif, qu'une information soit délivrée au parquet sur le motif de sortie du mineur afin que soit organisée la prise en charge de ce dernier par les services de Conseil départemental compétent ;
- qu'une décision mentionnant le motif de sa libération soit systématiquement notifiée au jeune isolé placé en CRA et libéré au motif de sa minorité.

### c. Des atteintes au droit à la protection de la santé

Au nombre des personnes en situation d'extrême vulnérabilité, l'on compte les étrangers malades privés de liberté et dans l'attente imminente de l'exécution d'une mesure d'éloignement. Leur situation et leurs droits sont pourtant encadrés de manière lacunaire, voire inexistante. En effet, si la loi prévoit une garantie contre l'éloignement pour raison médicale, elle n'encadre que de manière éparse l'effectivité de cette garantie [voir supra, PI-III-A-1-a]. Par ailleurs, aucun texte législatif ou réglementaire ne prévoit les situations d'incompatibilité de l'état de santé avec la privation de liberté (ii). En amont de ces incompatibilités se pose un autre problème, celui du droit à un médecin en centre de rétention administrative (i).

#### i. L'insuffisance du cadre normatif du droit au médecin en CRA

##### **Un accès effectif au médecin rendu difficile**

L'article L.551-2 du CESEDA prévoit que « *l'étranger est informé dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais qu'à compter de son arrivée au lieu de rétention, il peut demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil ainsi que d'un médecin.* » Il précise donc de manière très succincte que la personne retenue doit être informée qu'elle pourra, dès son entrée au CRA, demander une assistance médicale. Ce texte législatif reste toutefois muet sur les conditions d'exercice de ce droit.

Il est alors nécessaire de se référer à la circulaire interministérielle n° 99-677 du 7 décembre 1999 relative au dispositif sanitaire mis en place dans les CRA. Celle-ci décrit le temps de présence des médecins au sein des CRA en fonction de leur taille et de leur capacité de rétention. Elle prévoit également le statut des médecins exerçant en rétention, mais aussi leurs missions : assurer les actes médicaux de diagnostic et de traitement, les soins de première intention et la

continuité des soins jusqu'au départ de la personne. Ils sont également compétents pour délivrer un rapport médical sur la situation du retenu qui invoque son état de santé contre une mesure d'éloignement du territoire française ou l'impossibilité pour raisons médicales d'utiliser un moyen de transport tel que l'avion. La circulaire prévoit en outre que les consultations médicales peuvent avoir lieu à la demande soit de la personne retenue, soit du personnel infirmier, soit d'un autre membre du personnel du centre, mais avec l'accord du retenu dans cette dernière hypothèse.

*Le caractère non systématique de l'information du droit à un médecin*

Les faits portés à la connaissance du Défenseur attestent que cette information n'est pas automatiquement donnée au retenu à son arrivée en CRA et que celui-ci peut ignorer l'existence de ce droit pendant toute la période de la rétention ou, à tout le moins, jusqu'à ce qu'il rencontre des problèmes de santé graves. Or, le droit de voir un médecin pour une personne retenue est indépendant du fait d'être malade.

*Un recours à l'interprétariat insuffisant et inégalitaire*

La possibilité de recourir à un interprète est un élément constitutif du droit au médecin, lequel serait dépourvu de contenu effectif si la personne ne pouvait comprendre et se faire comprendre. Or, si le recours aux interprètes est extrêmement variable d'un centre à l'autre, il reste globalement insuffisant. L'argument donné au Défenseur sur ce point est d'ordre budgétaire, très peu de centres pouvant recourir à des interprètes professionnels.

***Les conséquences de l'absence d'unité médicale en centre de rétention administrative (UMCRA) sur le respect des droits des personnes retenues***

La circulaire du 7 décembre 1999 dispose qu'il « est de la responsabilité de l'Etat de mettre en place, au sein des centres de rétention, un dispositif sanitaire de nature à faire face à tout problème de santé (...). L'importance des moyens en personnel de santé sera ajustée à la taille et à la fréquentation de chaque centre de rétention. (...) Les normes définies par la présente circulaire ont un caractère indicatif ». Il est également prévu qu'il pourra y être dérogé « dans le sens de l'accroissement des moyens ». Enfin, dans la description du dispositif selon la taille des centres de rétention, la circulaire prévoit la présence d'un médecin, même pour les CRA ayant la plus faible capacité, soit moins de cinquante places.

C'est pourquoi il paraît contestable que certains CRA, comme celui de Guadeloupe au sujet duquel le Défenseur a été saisi, ne disposent pas de telle structure. Or, même avec une présence infirmière de quelques heures par jour, plusieurs difficultés découlent de l'absence de véritable unité médicale sur place.

L'accès au médecin est d'abord concrètement plus difficile et souvent soumis, dans les faits, en l'absence du personnel soignant, à une première évaluation par le personnel administratif du CRA. Or, ainsi qu'il a été vu, le droit d'un retenu à voir un médecin est indépendant du fait d'être malade et devrait ne connaître aucun filtre, *a fortiori* par un personnel non soignant.

Par ailleurs, le médecin auquel le retenu pourra s'adresser sera nécessairement extérieur au centre de rétention, connaissant de ce fait moins bien les problèmes spécifiques à la privation de liberté, problèmes pourtant susceptibles d'impacter la santé des intéressés. Il n'est par ailleurs précisé nulle part que les personnes retenues et orientées vers cet établissement extérieur sont suivies par le même praticien, ce qui permettrait d'établir une forme de suivi.

L'absence d'UMCRA est enfin susceptible de porter atteinte au respect de la confidentialité du dossier médical qui transite, en dehors des temps de présence du personnel infirmier, ainsi par les policiers. Dans le CRA de Guadeloupe, l'accès au dossier médical et aux médicaments semblait en outre être entravé au motif que les chambres sont communes et que la confidentialité ne serait pas respectée si ces dossiers devaient y rester. Par courrier du 15 mars 2016, le Défenseur a interrogé les ministres de la Santé et de l'Intérieur sur les conditions dans lesquelles le droit à la protection de la santé était mis en œuvre dans ce CRA en l'absence d'unité médicale.

Les retenus se trouvant dans une situation particulière de privation de liberté, une attention particulière doit être portée aux conditions psychologiques et/ou psychiatriques. La circulaire du 7 décembre 1999 en atteste en mentionnant que « *la perspective d'une mesure d'éloignement constitue souvent pour eux [les retenus] un stress particulièrement intense qui peut être source de manifestations somatiques et psychiques et de situations conflictuelles* ». Or, à aucun moment il n'est prévu que les médecins en charge des retenus au sein de la clinique conventionnée soient formés à ce type de problèmes, voire simplement sensibilisés aux difficultés que peuvent rencontrer les retenus, comme par exemple la confidentialité des soins malgré les exigences de sécurité.

Le Défenseur a eu connaissance de l'existence d'un groupe de travail institué au début de l'année 2013, réunissant les ministères de l'Intérieur et de la Santé, visant à l'élaboration d'une nouvelle

instruction, en lieu et place de la circulaire du 7 décembre 1999, tenant compte non seulement de l'évolution des normes juridiques et des pratiques professionnelles, mais surtout des modalités de prise en charge des pathologies lourdes présentées par les personnes placées en rétention qui connaissent une fragilité physiques et psychologique plus importante.

Compte tenu de l'importance du droit fondamental en cause, le Défenseur des droits recommande que les garanties relatives au droit à la protection de la santé des personnes privées de liberté soient prévues non plus par circulaire mais par un véritable dispositif normatif contraignant législatif et réglementaire. Le cadre de la refonte de la circulaire de 1999 actuellement menée par les ministères de l'Intérieur et de la Santé est à cet égard une occasion de consacrer les principes suivants à un rang plus élevé dans la hiérarchie des normes :

- **L'article L.551-2 du CESEDA doit être complété par une disposition assurant l'effectivité du droit à voir un médecin tendant à la remise systématique, à l'arrivée en CRA de l'étranger, d'une information écrite disponible dans une langue qu'il comprend rappelant cette possibilité ;**
- **Au vu des difficultés en termes de confidentialité des données médicales et d'accès effectif au médecin que cette absence suscite, chaque centre de rétention administrative devrait être doté d'une unité médicale (UMCRA). A défaut, un médecin référent au sein de l'hôpital conventionné avec le centre devrait, après avoir reçu une formation adaptée, prendre spécifiquement en charge les retenus qui sont orientés dans la structure et les examiner au vu de leur situation particulière ;**
- **L'ensemble des personnels soignants et des personnels des forces de police présents en CRA devraient recevoir une formation spécifique à la prise en charge de personnes privées de liberté et placées dans une situation imminente de retour forcé vers leur pays d'origine.**

Enfin, pour rendre effectif ce droit constitutionnellement protégé, le Défenseur recommande que les budgets alloués à l'interprétariat soient augmentés afin que chaque centre de rétention puisse recourir à un interprétariat professionnel, au moins par conversation téléphonique.

#### *ii. L'absence de cadre normatif régissant l'incompatibilité de l'état de santé avec la rétention*

Si le respect des droits consacrés par la Convention EDH impose l'interdiction de traitement inhumain ou dégradant, il n'existe en droit interne français aucune procédure ni texte spécifiquement pour les

personnes dont l'état de santé est incompatible avec leur enfermement en rétention alors qu'il en existe en prison, via la procédure de suspension de peine pour raison médicale. Précisons qu'il ne s'agit pas de personnes dont l'état de santé interdit leur retour dans leur pays d'origine mais de personnes qui, en raison de leur état de santé, ne supportent pas l'enfermement : les personnes handicapées, les personnes ayant besoin d'un traitement ne pouvant pas être prescrit en rétention, les femmes enceintes ou les personnes atteintes de troubles psychiques.

Or, si la circulaire précitée du 7 décembre 1999 met en avant la fragilité psychologique des personnes enfermées en rétention et le rôle prépondérant du médecin de l'UMCRA, elle ne renseigne toutefois pas sur la procédure à suivre en cas d'incompatibilité de l'état de santé d'une personne avec son enfermement en rétention.

– *Certificats de compatibilité et d'incompatibilité*

En pratique, en raison de ce vide juridique, les réponses administratives varient fortement d'un centre de rétention à l'autre. Certains médecins de l'UMCRA, à leur initiative et dans leur rôle de soignant, peuvent établir des certificats médicaux d'incompatibilité de l'état de santé de l'étranger avec l'enfermement et ce, dans le respect de l'article 10 du code de déontologie médicale repris à l'article R.4127-10 du code de la santé publique : « *Un médecin amené à examiner une personne privée de liberté ou à lui donner des soins ne peut, directement ou indirectement, serait-ce par sa seule présence, favoriser ou cautionner une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de cette personne ou à sa dignité.* » Il est toutefois constaté que, de manière générale, la majorité des médecins de l'UMCRA évitent de se prononcer sur cet aspect et ne délivrent que très rarement des certificats médicaux d'incompatibilité permettant parfois, selon les préfets, une sortie immédiate de l'étranger du CRA<sup>263</sup>.

A cet égard, des médecins de l'UMCRA préfèrent parfois saisir le médecin de l'ARS, alors même que celui-ci n'est légalement habilité qu'à se prononcer sur la compatibilité de l'état de santé de l'étranger avec un éloignement du territoire français ou avec le mode de transport envisagé et non, avec son enfermement – les deux situations ne se recoupant pas forcément. Il arrive également que le médecin de l'UMCRA adresse son patient à l'hôpital psychiatrique pour qu'il soit examiné par un spécialiste et c'est ce dernier qui rendra, le cas échéant, un certificat médical d'incompatibilité avec l'enfermement.

Il peut enfin arriver que les médecins des UMCRA fassent, à la demande des autorités – chef de CRA ou préfectures –, sur injonction du juge des libertés et de la détention ou de leur propre chef, un certificat médical de compatibilité avec l'enfermement en rétention.



Une telle pratique paraît toutefois contraire à la déontologie médicale. Aux termes l'article R.4127-105 du code de Santé publique, le cumul des fonctions de médecin expert et de médecin traitant pour un même malade est en effet prohibé : « *Nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade. Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services* ».

Fort de ces constats, la Fédération des UMCRA est intervenue pour indiquer dans un avis très complet que les médecins exerçant en CRA devaient se récuser par écrit en vertu des articles R4127-105 et R4127-106 du code de santé publique<sup>264</sup>.

La jurisprudence judiciaire ne semble toutefois pas toujours favorable à ces récusations car elle considère que la circonstance selon laquelle l'examen de compatibilité est effectué par les médecins UMCRA, sur injonction du juge, n'est pas de nature à entraîner l'irrégularité de la procédure<sup>265</sup>. Elle considère en effet que tout manquement à une disposition du code de la santé publique et du code de la déontologie médicale ne peut être sanctionné que par la juridiction ordinaire et que celui-ci est sans effet sur la validité de la rétention<sup>266</sup>. Ces injonctions paradoxales fragilisent la position protectrice des médecins des UMCRA à l'égard de leurs patients retenus.

– *La mise à l'isolement pour raison sanitaire ou sécuritaire*

Les pratiques de la police aux frontières (PAF) et des Préfectures sont également très variables d'un CRA à l'autre. Plusieurs associations de défense des étrangers présentes en CRA ont rapporté au Défenseur que dans certains centres de rétention, les médecins de l'unité médicale recevraient des pressions des autorités préfectorales ou de police pour ne pas délivrer de certificats médicaux d'incompatibilité avec l'enfermement, notamment à l'égard des personnes atteintes de troubles psychiques.

A défaut de reconnaître cette incompatibilité, la prise en charge de la personne malade a dès lors tendance à être envisagée à l'aune de considérations sécuritaires, la PAF plaçant parfois l'intéressé, de sa propre initiative, en cellule d'isolement, sans qu'un avis médical ne soit donné. Or, la mise à l'écart prévue par l'article 17 du règlement intérieur des CRA prévoit deux types de fondement à la mise à l'écart des retenus : l'isolement décidé par le service médical pour raison sanitaire (pour maladie contagieuse par exemple) et le placement à l'écart par les services de police en charge du centre de rétention pour mettre un terme à des troubles à la sécurité des autres retenus. L'isolement d'un étranger malade destiné à garantir la sécurité

et l'ordre publics en lieu et place de sa prise en charge sanitaire est un détournement de procédure.

A la suite des constats et recommandations du contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) au sujet de ces pratiques d'isolement, le ministère de l'Intérieur a publié une circulaire le 14 juin 2010<sup>267</sup> encadrant l'usage de ces pratiques, et distinguant bien les motifs du placement à l'écart. Lorsqu'il s'agit d'un motif sanitaire, le médecin de l'UMCRA doit intervenir en urgence et décider des mesures les plus appropriées. Malgré ces précisions, les usages détournés du placement à l'isolement peuvent encore avoir cours.

- *Cumul des régimes de la rétention  
et de celle de l'hospitalisation sous contrainte*

D'autres médecins de l'UMCRA peuvent souhaiter requérir un avis médical extérieur, notamment, celui d'un médecin du centre hospitalier avec lequel le centre de rétention a passé une convention. Dans ce cas, l'extraction de l'étranger et son hospitalisation temporaire sont faites à la demande et sous la responsabilité du médecin UMCRA. Il arrive cependant qu'une hospitalisation plus durable soit décidée par le médecin de l'hôpital, à la suite d'une consultation de l'étranger ou d'une intervention en urgence au centre de rétention. Dans ces deux hypothèses, le régime juridique applicable à l'étranger hospitalisé dans le cadre d'une rétention administrative, n'est défini par aucun texte. Les pratiques sont ainsi très diverses au sein des CRA et la jurisprudence (des tribunaux administratifs ou du juge des libertés) n'est absolument pas arrêtée. Le transfert vers l'hôpital peut avoir pour conséquence de mettre un terme à la rétention mais sans que cette décision n'ait un caractère formel et soit notifiée à l'intéressé. Ce transfert peut au contraire être considéré comme n'interrompant pas le régime de rétention et l'étranger, toujours enregistré dans le registre du CRA, se trouve alors soumis à un double régime de privation de liberté. Or, il est, tout au long de son hospitalisation, dans l'incapacité de faire valoir les droits et garanties attachés à la rétention : il se trouve en particulier dans l'impossibilité d'user des recours dont il dispose pour contester la légalité de sa rétention et de son éloignement.

- *La sortie de rétention pour raison médicale.*

En dernier lieu, il convient de s'interroger sur les conditions dans lesquelles ces étrangers sortent de CRA. Rien ne mentionne que ceux-ci ont été libérés en raison de l'incompatibilité de leur état de santé avec la rétention – les intéressés l'ignorent parfois – alors même que ces informations pourraient leur être utiles à la continuité des soins et à l'amorce de certaines démarches en préfectures.

Compte tenu de l'importance du droit fondamental en cause, le Défenseur des droits recommande que les garanties relatives au droit à la protection de la santé des personnes privées de liberté soient prévues non plus par circulaire mais par un véritable dispositif normatif contraignant législatif et réglementaire. Le cadre de la refonte de la circulaire de 1999 actuellement menée par les ministères de l'Intérieur et de la Santé est à cet égard une occasion de consacrer les principes suivants à un rang plus élevé dans la hiérarchie des normes :

- **Les médecins de l'UMCRA sont compétents pour rédiger, en leur qualité de soignant, des certificats médicaux d'incompatibilité de l'état de santé de l'étranger avec la rétention, conformément à l'article R.4127-10 du code de la santé publique et ce, en dehors de toute pression administrative. Cette compétence n'appartient pas au médecin de l'ARS ;**
- **Les médecins de l'UMCRA ne devraient en revanche pas pouvoir rédiger de certificats de compatibilité de l'état de santé de ceux-ci avec la rétention, pratique contraire à la déontologie médicale selon laquelle un médecin ne peut, à l'égard des mêmes personnes, exercer des missions de soins et des missions d'expertise (article R.4127-105 du code de santé publique). Si les autorités judiciaires ou administratives souhaitent obtenir un tel avis, elles recourent à un médecin de santé publique ou expert, non soignant de l'intéressé. Dans l'attente, les médecins de l'UMCRA ont la capacité de se récuser en cas d'injonction d'examen médical par une autorité administrative ou judiciaire ;**
- **La mise à l'écart administrative pour des motifs d'ordre public prévue par l'article 17 du règlement intérieur des CRA, ne doit pas être une solution alternative à la rédaction d'un certificat d'incompatibilité ni à celle de soins, notamment des personnes atteintes de troubles psychiatriques ;**
- **La sortie de CRA de l'étranger malade dont l'état de santé a été jugé incompatible avec son enferment doit être assortie de garanties. A ce titre, l'intéressé doit se voir remettre l'ensemble de son dossier médical, dont le certificat médical de contre-indication avec la rétention ainsi qu'une décision écrite mentionnant les raisons de sa sortie de CRA. Il conviendrait également de lui délivrer une information écrite sur les possibilités et les modalités relatives au dépôt en préfecture d'une demande de titre de séjour pour soins ;**
- **Concernant le régime juridique applicable aux personnes hospitalisées lors de leur rétention, il appartient au législateur de clarifier ces situations portant une atteinte substantielle à la liberté individuelle. Pour ce faire, le Défenseur estime que deux hypothèses devraient être distinguées :**

- **les extractions pour simple consultation médicale pendant lesquelles l'étranger demeure sous la responsabilité du médecin UMCRA et peut, de ce fait, être considéré comme toujours soumis au régime de la rétention. Dans ce cadre, il est impératif de retenir l'effet suspensif de ces extractions, de sorte que les délais de recours ouverts à l'étranger pour contester toute décision relative à la rétention ou à l'éloignement soient préservés, conformément au droit au recours effectif prévu à l'article 13 de la Convention EDH ;**
- **les hospitalisations plus durables, sous contrainte, décidées par le médecin de l'hôpital, qui doivent de fait mettre un terme immédiat à la rétention de l'étranger, celui-ci ne pouvant faire l'objet de deux régimes de privations de liberté cumulatifs.**

#### **d. Des atteintes au droit d'asile**

Le droit conventionnellement et constitutionnellement protégé de tout étranger à solliciter l'asile en France ne saurait être entravé par le seul fait que ce dernier se trouve placé en rétention. Ainsi, le CESEDA prévoit qu'à son arrivée en rétention, l'étranger reçoive notification des droits qu'il est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile. Il dispose de 5 jours pour formuler sa demande<sup>268</sup> par écrit auprès du responsable du local ou du centre qui doit la transmettre sans délai à l'OFPRA. L'Office dispose alors de 96 heures pour statuer<sup>269</sup>.

A l'occasion des débats sur le projet de loi relatif à la réforme du droit d'asile adopté le 29 juillet 2015<sup>270</sup>, le Défenseur a pointé dans l'avis n° [14-10](#) du 6 novembre 2014, les difficultés d'ordre matériel et juridique rencontrées par les étrangers souhaitant déposer une demande d'asile depuis un centre de rétention. La loi portant réforme du droit d'asile adoptée en juillet 2015 a introduit certaines améliorations qui n'ont cependant pas été menées à leurs termes.

En premier lieu, s'agissant du maintien en rétention, il n'est certes plus automatique mais doit désormais faire l'objet d'une décision écrite et motivée, justifiée par le fait que la demande d'asile aurait pour unique but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement<sup>271</sup>. La formulation retenue ne tire pas toutes les conséquences de la décision rendue par le Conseil d'Etat le 30 juillet 2014<sup>272</sup>. En effet, la haute juridiction avait invité les préfets envisageant l'opportunité du maintien en rétention du demandeur d'asile à, non seulement, tenir compte du caractère éventuellement dilatoire de la demande d'asile mais, également, à vérifier, au regard de « *l'ensemble des cir-*

*constances pertinentes* », si le maintien de la mesure de rétention était « *objectivement nécessaire (...) pour éviter que l'intéressé ne se soustrait définitivement à son retour* ». La loi du 29 juillet 2015 ne prévoit pas un tel encadrement.

S'agissant, en second lieu, du délai imparti au retenu pour déposer une demande d'asile en rétention, le Défenseur des droits avait regretté que celui-ci soit maintenu à cinq jours. Un tel délai apparaît, en effet, excessivement court, notamment au regard de l'obligation de rédiger la demande en français<sup>273</sup> et des difficultés d'accès à l'interprétariat en rétention.

En dernier lieu, le Défenseur regrette que la transposition des exigences européennes relatives au caractère suspensif du recours devant la CNDA ne soit réalisée que de manière formelle<sup>274</sup>. En réalité, la loi crée un recours *ad hoc* permettant seulement à l'étranger ayant demandé l'asile en rétention de saisir le président du tribunal administratif afin de solliciter le droit de se maintenir sur le territoire durant le temps nécessaire à ce que la CNDA statue sur son recours<sup>275</sup>. Il est donc permis de douter qu'une procédure d'une telle complexité puisse être concrètement réalisée dans les conditions de rétention.

**Le Défenseur des droits considère que les améliorations introduites par la loi du 29 juillet 2015 sont insuffisantes à garantir l'effectivité du droit d'asile en rétention car si l'objectif de la loi de répondre plus rapidement aux demandes d'asile est tout à fait légitime, il ne peut induire un traitement expéditif de ces demandes. Aussi, il réitère ses recommandations tendant à :**

- l'inscription dans la loi de la portée de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juillet 2014, aux termes duquel, même lorsque demande d'asile présente un caractère dilatoire, la mesure de rétention ne peut être maintenue qu'à la condition qu'elle présente un caractère objectivement nécessaire et proportionné au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment du risque que l'intéressé se soustrait définitivement à son retour ;
- l'allongement du délai dans lequel peut être déposée une demande d'asile, un délai de 5 jours, au vu des conditions matérielles dans lesquelles se fait cette demande et à défaut d'interprétariat, ne permettant pas un examen équitable des besoins de la protection internationale dans ces circonstances ;
- consacrer dans la loi le caractère suspensif de plein droit du recours devant la CNDA présenté par l'étranger ayant sollicité l'asile en rétention, sans la démarche préalable et trop complexe du recours devant le président du TA.

### e. Des atteintes au droit des victimes à la réparation de leur préjudice

A deux reprises, le Défenseur des droits a été saisi de situations de personnes étrangères victimes de vols dans le cadre de leur rétention et dans lesquelles la responsabilité de l'Etat aurait pu être engagée, la réalisation des vols ayant été favorisée par des négligences ou le cumul de fautes professionnelles imputables aux policiers intervenant dans les centres de rétention en cause.

Le droit à réparation d'un préjudice, qu'il s'exerce dans un cadre pénal, civil ou administratif, est un droit reconnu à l'égard de tous<sup>276</sup>. S'agissant plus spécifiquement des dommages survenus au cours d'opérations de police judiciaire ou de police administrative, des mécanismes spéciaux sont même développés en vue d'assurer la prise en charge des dommages<sup>277</sup>. Pourtant, dans les deux affaires dont a été saisi le Défenseur des droits, aucune des victimes de vols n'a obtenu réparation du préjudice subi en raison des négligences ou fautes commises par les fonctionnaires de police. Dans le premier cas, la victime a pu déposer plainte mais elle a été éloignée avant l'issue des enquêtes diligentées. Dans un second cas, les victimes, pour une raison inconnue, n'ont pas déposé de plainte pénale.

Le Défenseur des droits constate que dans aucune de ces deux affaires les victimes des vols n'ont été informées de leur droit à indemnisation. Au terme de la première affaire, le Défenseur avait d'ailleurs recommandé qu'une note générale soit diffusée, sur le site Internet du ministère de l'Intérieur, informant les victimes sur les possibilités d'engager la responsabilité de l'administration en cas de dommages causés par les services de police.

Cette recommandation n'a pas été suivie, le ministre estimant que les informations figurant sur son site étaient suffisantes.

Plus généralement, le Défenseur remarque que le droit des personnes à obtenir la réparation des préjudices qu'elles auraient pu subir dans le cadre de leur rétention se trouve entravé par plusieurs facteurs : le défaut d'information claire sur les droits dont elles disposent, la crainte éventuelle de représailles dès lors que leurs déclarations mettraient en cause des personnels du centre de rétention et, enfin, le risque d'être éloignées avant l'issue des éventuelles enquêtes diligentées.

**Le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur de préparer deux réformes législatives tendant à inclure, parmi les droits notifiés à l'étranger à son entrée en centre de rétention administrative, le droit de porter plainte et, le cas échéant, d'engager la responsabilité de l'administration au sein des dis-**

## positions du CESEDA qui prévoient la notification d'un certain nombre de droits (L.551-2 al 2 et L.551-3).

### RÉFORME DU DROIT DES ÉTRANGERS : RETOUR SUR LA MARGINALISATION ANNONCÉE DU RECOURS À LA RÉTENTION ADMINISTRATIVE AU PROFIT DE L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE

*Pour une analyse exhaustive de cette question, se référer à l'avis n° 16-02 du Défenseur des droits*

Aux termes de l'article 15 de la directive européenne 2008/115/CE du 16 décembre 2008<sup>278</sup>, dite « retour », le recours à la mesure de rétention administrative ne devrait être envisagé qu'à la condition qu'il n'existe pas d'autres mesures moins coercitives et cependant suffisantes pour atteindre le but visé, à savoir l'exécution de l'éloignement. Au titre des mesures moins coercitives envisageables se trouve l'assignation à résidence (AAR).

Afin de mettre le droit interne en conformité avec les exigences européennes, la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers a entendu ériger le recours à l'AAR des personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, au rang de principe, la rétention ne devant plus intervenir, qu'à titre subsidiaire, uniquement si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque de fuite<sup>279</sup>.

A première vue, la limitation du recours à la rétention au cas où il existerait un risque de fuite semble bien aller dans le sens des exigences de la directive « retour ». Pourtant, ainsi que l'a relevé le Défenseur des droits dans son avis n° [16-02](#), la notion de risque de fuite retenue par la nouvelle loi est bien plus extensive que celle développée par le droit de l'Union. Pour définir le risque de fuite, la loi renvoie en effet à un ensemble de présomptions légales listées à l'article L.511-1 du CESEDA, possibilité que les débats sur le projet de directive « retour » avaient explicitement écartée au profit d'une approche individualisée<sup>280</sup>. L'article 3§7 de la directive et la jurisprudence de la CJUE vont dans ce même sens. Ainsi, sous couvert de rendre le droit interne conforme aux exigences européennes, la nouvelle loi relative au droit des étrangers fixe en réalité, par le biais d'une définition très souple de la notion de « risque de fuite », des possibilités de recours à la rétention si larges que celui-ci ne présente finalement, et contrairement à l'intention annoncée du législateur, aucun caractère exceptionnel.

Par ailleurs, alors que, dans les textes européens, la mesure de rétention présente un caractère subsidiaire par rapport à d'autres

mesures moins coercitives<sup>281</sup>, la nouvelle loi relative au droit des étrangers autorise en réalité une alternance à l'infini des deux régimes de la rétention et de l'AAR. En effet, aux termes de la nouvelle rédaction de l'article L.561-2 du CESEDA, une mesure de rétention peut être prise à l'encontre de l'étranger assigné à résidence qui ne présenterait plus de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque de fuite, notamment car il n'aurait pas respecté les prescriptions liées à l'assignation à résidence. Le Défenseur des droits a regretté le caractère très général de cette formulation, qui rend aisé le passage de l'AAR à la rétention. A l'inverse, la loi prévoit la possibilité d'assigner à résidence l'étranger pour qui il est mis fin à la rétention pour une raison autre que l'annulation, l'abrogation ou le retrait de la mesure d'éloignement. Ainsi, l'administration a la possibilité de passer alternativement d'une mesure coercitive à l'autre, si bien que la rétention et l'AAR entretiennent finalement entre elles un rapport cumulatif et non pas alternatif, comme l'envisagent pourtant les textes européens.

Enfin, dans ses avis sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France, le Défenseur des droits s'était inquiété des conséquences disproportionnées que le régime des AAR était susceptible d'emporter sur le respect des droits fondamentaux des personnes assignées. Le Défenseur regrettait que les modalités de l'assignation à résidence soient fixées sans prise en compte de la vulnérabilité particulière des personnes assignées ou de l'intérêt supérieur des enfants, lesquels se trouvent tenus, dans certains cas, d'accompagner leurs parents au commissariat pour les pointages. En second lieu, il s'opposait à la mise à disposition de l'administration de deux nouvelles mesures coercitives susceptibles d'être utilisées pour mener à son terme l'exécution de l'éloignement, à savoir, d'une part, le recours à la contrainte policière dans le cadre des présentations consulaires et, d'autre part, les visites domiciliaires. Sur ce dernier point, le Défenseur déplorait la mise en place d'un contrôle judiciaire purement formel et insusceptible d'apporter des garanties suffisantes au regard de la forte ingérence dans le droit au respect de la vie privée des assignés que constitue cette possibilité de visites domiciliaires.

**Regrettant que le législateur ait entériné les dispositions tendant à généraliser le recours à l'AAR sans tenir compte des points de vigilance sur lequel il l'avait alerté, le Défenseur des droits réitère l'ensemble de ses recommandations tendant :**

**S'agissant des possibilités de recours à la mesure de rétention administrative :**

- à suspendre des hypothèses de présomption de risque de fuite fixées par la loi, ce dernier ne pouvant être établi,



conformément à la jurisprudence de la CJUE qu'après un examen contradictoire de la situation individuelle et du comportement de l'intéressé.

S'agissant des possibilités de passages successifs de l'AAR à la rétention et inversement :

- à préciser les hypothèses de placement en rétention administrative lorsque les exigences de l'assignation à résidence ne sont pas respectées en excluant, notamment, qu'un tel placement puisse être prononcé à l'encontre de personnes dont le non-respect des prescriptions de l'assignation à résidence serait involontaire ou exceptionnel ;
- à assurer que l'assignation à résidence soit une réelle alternative à la rétention et non pas une mesure de contrainte supplémentaire en supprimant le dernier alinéa de l'article L.554-3 du CESEDA, lequel prévoit la possibilité d'assigner à résidence l'étranger pour qui il aurait été mis fin à une mesure de rétention pour un motif autre que l'annulation, l'abrogation ou le retrait de la mesure d'éloignement dont il est objet.

S'agissant du régime de l'AAR :

- à ce que soient expressément inscrites dans la loi :
  - la nécessité de prendre en compte la vulnérabilité des personnes assignées à résidence dans le choix des modalités de cette assignation ;
  - l'interdiction de contraindre les enfants à accompagner leurs parents au moment des pointages ;
  - l'impossibilité d'exécuter une mesure d'éloignement à l'occasion d'un pointage au commissariat.
- à la suppression du II de l'article L.561-2 du CESEDA, lequel prévoit la possibilité d'interpeller à son domicile la personne assignée à résidence qui aurait fait volontairement obstruction à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement dont elle fait l'objet ;
- à la suppression du nouvel article L.513-5 du CESEDA, lequel prévoit la possibilité de recourir à la contrainte policière à l'encontre de l'étranger qui aurait refusé de se présenter volontairement aux autorités consulaires de son pays.

### 3. Atteintes lors de la mise en œuvre des éloignements forcés par voie aérienne

Le droit de chacun au respect de son intégrité physique et psychique se déduit de plusieurs normes de droit international et interne<sup>282</sup>. Au titre de ce droit, les atteintes à la personne humaine sont prohibées par le code pénal<sup>283</sup>. Toutefois, des ingérences à ce droit sont admises, notamment lorsqu'elles sont commises par les forces de l'ordre pour des motifs tenant à la préservation de l'ordre public, à la condition néanmoins que celles-ci soient strictement proportionnées aux objectifs poursuivis. Ainsi, lorsqu'elles appréhendent un individu, les forces de l'ordre sont d'abord tenues de tout mettre en œuvre pour préserver l'intégrité physique et psychique de cette personne. L'article R.434-17 du code de la sécurité intérieure, relatif à la protection et au respect des personnes privées de liberté, dispose ainsi que : *« Toute personne appréhendée est placée sous la protection des policiers ou des gendarmes et préservée de toute forme de violence et de tout traitement inhumain ou dégradant. (...) Le policier ou le gendarme ayant la garde d'une personne appréhendée est attentif à son état physique et psychologique et prend toutes les mesures possibles pour préserver la vie, la santé et la dignité de cette personne ».*

Depuis la loi n° 2014-528 du 26 mai 2014 modifiant la loi du 30 octobre 2007, la mission du Contrôleur général des lieux de privation de liberté a été étendue au **contrôle de l'exécution matérielle des procédures d'éloignement de personnes étrangères jusqu'à leur remise aux autorités de l'Etat de destination**. Au titre de sa mission de veille du respect de la déontologie par les forces de l'ordre, le Défenseur des droits se trouve également et régulièrement saisi de manquements allégués par des étrangers en situation irrégulière ayant fait l'objet de mesures coercitives visant à l'exécution forcée de leur éloignement du territoire. Les saisines transmises au Défenseur font état de violences survenues lors de l'interpellation ou au commissariat, pendant le trajet jusqu'au CRA, ou encore au moment de la mise en œuvre effective de la mesure d'éloignement par voie aérienne.

En général, les atteintes à l'intégrité physique et psychique alléguées par les réclamants étrangers en instance d'éloignement ne revêtent pas en elles-mêmes de caractéristiques particulières par rapport à celles que le Défenseur peut constater dans le cadre des saisines en matière de déontologie de la sécurité introduites par des Français ou des étrangers en situation régulière : les manquements peuvent être caractérisés par un usage disproportionné de la force physique ou armée, ou par le recours abusif à certains moyens de contraintes, que ceux-ci aient été mis en dotation, c'est-à-dire expressément auto-

risés par les textes, ou non. Dans certains cas, le Défenseur a également constaté des atteintes à l'intégrité causées par des décisions périphériques aux mesures coercitives elles-mêmes : il en va ainsi de la décision de laisser pieds nus tout au long de son transfert du commissariat vers le centre de rétention une personne au comportement agité et menaçant (décision n° [MDS-2015-095](#)) ou encore des suites inopportunes données à un incident survenu entre une personne retenue et un fonctionnaire de police : à la suite d'une altercation, la personne retenue avait été conduite à l'infirmerie pour une palpation de sécurité, de nouveau mise en présence du policier avec qui elle venait d'avoir une altercation et transférée de bâtiment en pleine nuit (décision n° [MDS-2013-273](#)).

En revanche, les saisines relatives à des manquements survenus lors de la mise en œuvre de l'éloignement forcé par voie aérienne présentent certaines spécificités. D'abord, ce temps de la reconduite par voie aérienne est, en effet, par essence, un moment particulièrement tendu où le juste équilibre entre le recours à la force ou à des moyens de contraintes, d'une part, et le respect de la dignité et de l'intégrité physique et psychique de la personne éloignée, d'autre part, s'avère particulièrement difficile à trouver. Ensuite, cet éloignement forcé par voie aérienne fait l'objet d'un encadrement spécifique (b). Par ailleurs, il convient de relever que le traitement de ces dossiers pose, comme l'ensemble des dossiers présentés par des personnes étrangères en instance d'éloignement, des difficultés spécifiques liées à la précarité de la situation dans laquelle se trouvent ces dernières (a).

**a. Remarque préliminaire sur les difficultés propres au traitement des saisines en matière de déontologie de la sécurité introduites par des étrangers en instance d'éloignement**

De manière générale, les réclamations alléguant de violences commises par les forces de l'ordre sont délicates à traiter au regard de la difficulté de se prononcer sur le caractère excessif d'un usage de la force. Forces de l'ordre et réclamants présentent souvent des versions des faits contradictoires sur les gestes pratiqués et le comportement des uns et des autres. Parfois, c'est seulement l'examen de la compatibilité des lésions avec les gestes décrits lors des auditions du réclamant et des agents mis en cause qui permet au Défenseur des droits de se prononcer (voir par exemple la décision n° [MDS-2013-141](#)).

Or, plusieurs facteurs concourent à rendre encore plus difficile le traitement des dossiers impliquant des étrangers en instance d'éloignement. En effet, il arrive que l'étranger concerné ait été libéré à la suite à une ordonnance du JLD sans avoir transmis au Défenseur ses

nouvelles coordonnées. Ce dernier peut aussi renoncer à mettre en accusation les forces de l'ordre, par crainte de représailles en CRA, ou par volonté de « faire oublier » sa présence sur le territoire français à la suite d'une libération, ou encore par crainte d'éventuels effets négatifs d'un dépôt de plainte sur une demande d'asile ou d'obtention de titre de séjour. Enfin, le réclamant peut avoir quitté le pays de son plein gré, ou sous la contrainte, sans avoir été entendu par les agents du Défenseur.

Pour tous ces motifs, certaines réclamations s'avèrent trop succinctes pour permettre une réelle investigation, les griefs relatifs à l'usage de la force ne pouvant être simplement traités par l'examen d'un dossier et de comptes rendus. Ainsi, il est arrivé plusieurs fois que la perte ou l'écrasement des enregistrements vidéo conduisent finalement à ce que le Défenseur ne puisse déterminer si l'usage de la force avait été excessif ou non à l'égard du réclamant retenu (voir, par exemple, la décision n° [MDS-2013-174](#)).

**Dans le domaine pénitentiaire, le Défenseur des droits a recommandé qu'il soit recouru aux enregistrements vidéo lors des procédures disciplinaires dès lors que les faits donnant à lieu à poursuites disciplinaires ont lieu dans une zone couverte par des caméras. Il a également recommandé que le délai de conservation de ces enregistrements, actuellement d'un mois maximum, soit porté à six mois, notamment afin de le faire correspondre avec le délai légal pendant lequel des poursuites disciplinaires peuvent être engagées (décision n° [MDS-2014-118](#)).**

**Cette durée de six mois est également celle retenue dans le projet de loi fixant un cadre juridique pour l'usage des caméras mobiles par les forces de l'ordre.**

**Dans un souci d'harmonisation, le Défenseur des droits recommande au ministère de l'Intérieur que les enregistrements audiovisuels des centres et locaux de rétention administrative soient conservés six mois, afin de permettre aux instances administratives de contrôle d'exercer leur mission en cas d'allégations par des étrangers en instance d'éloignement d'usage de la force disproportionnée par des forces de sécurité.**

**b. L'éloignement forcé par voie aérienne : un temps particulièrement sensible au regard du risque d'atteintes à l'intégrité physique et psychique des étrangers éloignés**

La mise en œuvre d'une mesure d'éloignement forcé est un moment des plus sensibles, puisqu'il constitue, pour l'étranger, la fin de son projet d'installation. De plus, elle survient bien souvent au terme d'un éprouvant voyage ou séjour. Une somme importante d'argent

a été dépensée en vain. L'étranger a généralement subi différentes mesures privatives de liberté et redoute de revenir dans son pays et d'y affronter la réalité économique ou politique qu'il a justement cherché à fuir.

Plusieurs moments s'avèrent particulièrement délicats. Tout d'abord, celui du départ de l'unité locale d'éloignement (zone située dans l'aéroport, en bordure des pistes). Des moyens de contrainte peuvent être placés sur la personne, qui réalise alors qu'elle n'a plus le choix. Il y a ensuite le stationnement dans un fourgon, devant l'avion. L'étranger en situation irrégulière montant en dernier dans l'avion, il peut rester, dans l'attente de l'embarquement, menotté et/ou entravé pendant une à deux heures. Des difficultés peuvent également survenir lors de la montée dans l'avion par l'escalier, les policiers craignant que l'étranger fasse des gestes dangereux pour son intégrité physique et/ou la leur. Enfin, une fois dans l'avion, l'étranger peut vouloir se débattre et crier pour attirer l'attention du commandant de bord. En effet, ce dernier peut refuser la présence d'un passager dans l'avion, ce qui mettra fin à la tentative d'embarquement<sup>284</sup>. En cas de refus du commandant de bord, une nouvelle tentative de reconduite sera ultérieurement programmée.

Compte tenu des spécificités propres à cette mission d'éloignement, un corps spécialement dédié aux escortes internationales, l'Unité nationale d'escorte, de soutien et d'intervention (UNESI), a été créé. Les agents de l'UNESI sont spécifiquement formés et habilités à se trouver dans l'avion aux côtés de l'étranger, de la montée dans l'avion jusqu'à l'atterrissage et la remise aux autorités, et leurs interventions sont généralement filmées par l'un des membres de l'escorte. Le 17 juin 2003, la Direction générale de la police nationale a pris une instruction visant à encadrer les interventions de ces équipes spécialisées<sup>285</sup>, précisant leurs missions et les moyens de contraintes auxquels elles sont susceptibles de recourir pour les mener à bien.

Outre les agents de l'UNESI, d'autres fonctionnaires de police appartenant à différentes directions sont également susceptibles d'intervenir dans la mise en œuvre d'un embarquement. Il peut s'agir des agents de l'unité locale d'éloignement (ULE) ou, à défaut, d'un autre service de la Police aux frontières (PAF). Il existe en outre un autre type d'agents, les « escorteurs », en fonction à la PAF de Roissy. Ces agents ont reçu une formation initiale avec des agents de l'UNESI et réactualisent leurs connaissances tous les trois mois. Ils peuvent donc, à ce titre, utiliser les moyens de contrainte et gestes réservés à l'UNESI.

Dans sa décision n° [MDS-2015-294](#), le Défenseur des droits a déploré le manque d'encadrement de ces opérations réalisées par des équipes non spécialisés. Il relevait que, si certaines des dispositions de

l'instruction du 17 juin 2003 précitée, qui concernaient initialement les seules escortes par voie aérienne, étaient manifestement applicables aux missions de prise en charge et de conduite dans l'avion réalisées par des équipages non spécialisés, d'autres points méritaient en revanche d'être précisés, notamment s'agissant de la désignation d'un chef d'escorte et d'un superviseur, ou encore de la conduite d'un entretien préalable avec l'étranger.

En conséquence, le Défenseur recommandait que l'instruction de 2003 précise explicitement les dispositions applicables aux missions de conduite dans l'avion lorsque celles-ci sont réalisées par des unités non spécialisées qui, en tout état de cause, doivent être placées sous la supervision d'un gradé escorteur. Il préconisait, en toute hypothèse, qu'un entretien préalable permettant d'informer la personne sur le déroulement et les modalités de son éloignement ait lieu et soit filmé quand la mission l'est.

Dans la même décision, le Défenseur s'est également prononcé sur l'encadrement du recours au moyens de contraintes tel que prévu par l'instruction du 17 juin 2003. En effet, l'instruction prévoit qu'il puisse être recouru à la contrainte à l'encontre d'un « étranger récalcitrant ». Le Défenseur estime qu'une telle préconisation contrevient au cadre fixé par les articles 803 du code de procédure pénale et R.434-17 alinéa 4 du code de la sécurité intérieure. En effet, il résulte de ces dispositions de valeur normative supérieure à l'instruction que l'utilisation des menottes ou des entraves n'est justifiée que lorsque la personne est considérée soit comme dangereuse pour autrui ou pour elle-même, soit comme susceptible de tenter de s'enfuir. Or, le terme ambigu d'« étranger récalcitrant » employé dans l'instruction permet d'outrepasser ce cadre normatif en tolérant le recours à la contrainte à l'encontre d'un étranger qui, par des cris dans l'avion ou par une autre forme de résistance passive, montrerait qu'il s'oppose à son éloignement. Pourtant, le recours à la contrainte dans un tel cas s'avère d'autant moins nécessaire que la soustraction à une mesure d'éloignement, constituée notamment par le refus d'embarquer, est un délit passible d'une peine d'emprisonnement de trois ans et d'une interdiction du territoire français d'au plus trois ans<sup>286</sup>. Il est donc toujours possible de rappeler à l'étranger qui oppose une résistance passive à son éloignement les dispositions pénales en vigueur, et dans le cas où il persisterait dans son refus, d'engager les poursuites pour obstruction à une mesure d'éloignement. Dès lors, le Défenseur a recommandé la mise en conformité de l'instruction de 2003 au regard des principes qui lui sont supérieurs. Incidemment, il a également recommandé que ce texte désigne la personne en charge de la décision de recourir à ces moyens de contrainte.

Plus généralement, et toujours dans la même décision, le Défenseur relevait le paradoxe consistant à préciser, d'une part, que l'éloignement d'un étranger ne pouvait être effectué à « n'importe quel prix »<sup>287</sup>, tout en autorisant, d'autre part, le recours à des moyens de contrainte (bandes velcro aux chevilles et au-dessus des mollets, menottes, dispositif de protection individuelle<sup>288</sup>) ayant un fort impact psychologique et susceptibles d'annihiler toute liberté de mouvement de la personne. La question de la proportionnalité de tels moyens se doit d'être posée au regard, notamment, de la possibilité précédemment évoquée d'engager des poursuites pour obstruction à une mesure d'embarquement qui demeure toujours ouverte. En conséquence, le Défenseur recommandait, d'une part, que le principe selon lequel l'éloignement ne doit pas être exécuté « à n'importe quel prix » soit rappelé non pas seulement en annexe de l'instruction, mais dans l'introduction ou le corps de ce texte et, d'autre part, qu'une réflexion soit menée, non seulement sur les critères juridiques permettant d'utiliser des moyens de contrainte, mais également du point de vue éthique, sur les modalités de mise en œuvre d'un éloignement forcé au regard du comportement de la personne.

Enfin, le Défenseur des droits a pu, dans la décision précitée, se prononcer sur le recours, par les forces de police, à des moyens non mis en dotation. En l'occurrence, les policiers avaient placé un masque oculaire sur la bouche de la réclamante pour l'empêcher de cracher. Le Défenseur a rappelé que l'instruction du 17 juin 2003 interdisait explicitement « toute forme de bâillonnement » et que ni le masque oculaire, ni le masque de repos n'étaient en dotation au sein de la police aux frontières. Il a considéré que, bien que le masque de repos n'ait pas été utilisé dans le but de bâillonner la personne, il avait bien, visuellement, l'apparence d'un bâillon. En conséquence, le Défenseur a recommandé l'arrêt immédiat de la pratique constatée en ce qu'elle apparaît inappropriée et attentatoire à la dignité de la personne.

D'une manière générale, le Défenseur des droits constate que le recours proportionné à l'usage de la force et des moyens de contraintes mis en dotation relève, pour les fonctionnaires de police intervenant dans le cadre des éloignements forcés par voie aérienne, d'un équilibre particulièrement difficile à trouver. A cet égard, et bien que cela n'ait jamais été clairement reconnu lors des auditions menées dans le cadre des différentes affaires traitées par le Défenseur ou en cours de traitement, il semble que l'existence de statistiques nationales du nombre de reconduites, couplée à la volonté affirmée des pouvoirs publics, depuis de nombreuses années désormais, d'éloigner sous la contrainte un certain nombre d'étrangers en situation irrégulière, conduisent les agents de la police aux frontières, au bout d'un certain nombre d'échecs de tentatives de reconduite, à employer des

moyens de contrainte empêchant l'étranger de manifester physiquement son opposition à son éloignement et, éventuellement, d'exercer une certaine pression en vue de l'adhésion de l'étranger à la mesure de reconduite.

A ce jour, le ministre n'a pas adressé de réponse au Défenseur.

**Dans l'attente de cette réponse, le Défenseur des droits maintient les recommandations formulées dans sa décision n° [MDS-2015-294](#) tendant à :**

- **mettre fin à la pratique consistant à utiliser, lors des escortes, tout matériel s'apparentant à un bâillon (interdit par l'instruction du 17 juin 2003), tel un masque oculaire ou de repos, inapproprié, qui porte atteinte à la dignité de la personne, tant au regard de l'apparence d'un bâillon que du maintien de la personne dans ses propres sécrétions ;**
- **réformer l'instruction de 2003 sur différents points, dont notamment : l'introduction de précisions sur les missions de conduite dans l'avion et son encadrement ; la réforme des critères permettant d'utiliser les moyens de contrainte, en raison de leur non-conformité avec ceux posés par le code de procédure pénale et de la sécurité intérieure ; l'élaboration d'une réflexion plus générale, du point de vue éthique, sur les modalités de mise en œuvre d'un éloignement forcé au regard du comportement de la personne.**

#### **4. Reconduites exécutées en méconnaissance des formalités requises en matière de laissez-passer**

Si l'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement doit en principe être renvoyé vers le pays dont il a la nationalité, le CESEDA réserve toutefois quelques exceptions à ce principe. D'abord, la personne qui bénéficie du statut de réfugié, de la protection subsidiaire ou qui a présenté une demande d'asile sur laquelle il n'a pas encore été statué, ne peut être renvoyée vers le pays dont elle a la nationalité. Ensuite, l'étranger peut également être renvoyé à destination d'un pays qui lui a délivré un document de voyage en cours de validité ou de tout autre pays vers lequel il est légalement admissible<sup>289</sup>.

Lorsque l'étranger est en possession d'un passeport ou d'un document de voyage en cours de validité délivré par les autorités du pays de renvoi, la reconduite peut être exécutée sans autres formalités. En revanche, si l'étranger ne dispose pas de tels documents, la reconduite sera subordonnée à la délivrance, par les autorités consulaires du pays de renvoi, d'un laissez-passer consulaire, à moins qu'un accord de réadmission conclu avec le pays de renvoi envisagé n'en dispose autrement. Or, à plusieurs reprises, le Défenseur des droits



a été saisi de pratiques tendant à contourner ces exigences : soit les autorités procèdent au renvoi de l'étranger vers un pays dans lequel il n'est en réalité pas légalement admissible (a), soit elles utilisent, à défaut de laissez-passer consulaires, des documents unilatéralement édités par elles (b).

### **a. Des reconduites illégales vers des pays où l'étranger n'est pas légalement admissible**

En premier lieu, le Défenseur des droits a eu à connaître du cas d'un ressortissant chinois faisant l'objet d'une mesure d'éloignement prise par le Préfet de la Guyane, et renvoyé vers le Suriname, pays limitrophe à la Guyane. Le Préfet considérait en effet que le réclamant était légalement admissible au Suriname. Pourtant, l'instruction du dossier par les services du Défenseur a révélé qu'aucune des pièces versées au dossier ne permettaient d'établir que tel était bien le cas : le réclamant ne détenait aucun document de voyage en cours de validité lui permettant de s'y rendre et il n'avait pas été présenté au consulat de ce pays en vue d'obtenir un laissez-passer. En outre, le Défenseur a relevé, que si un accord bilatéral de réadmission avec le Suriname avait bien été signé par la France le 30 novembre 2004, ce dernier n'était toutefois pas en vigueur, faute d'avoir été ratifié. Dès lors, le Défenseur a considéré que le Préfet de la Guyane avait commis une erreur de droit en renvoyant le réclamant vers le Suriname et décidé de présenter des observations en ce sens devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, saisie par le réclamant (décision n° [MSP-2015-073](#)). Ces observations ont été suivies par le juge qui a annulé la décision fixant le Suriname comme pays de renvoi en considérant que le fait pour l'intéressé de posséder un passeport chinois délivré par l'ambassade de Chine au Suriname n'était pas de nature à le faire regarder comme disposant d'un droit d'entrer ou de séjourner au Suriname. Dans sa décision, le Défenseur des droits précisait que le cas dont il se trouvait saisi ne constituait pas une espèce isolée mais révélait une pratique courante déjà portée à sa connaissance à plusieurs reprises.

**Le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur d'intervenir auprès du Préfet de Guyane de façon à ce qu'il soit immédiatement mis fin aux éloignements des ressortissants étrangers séjournant irrégulièrement en Guyane vers des pays voisins comme le Suriname ou le Brésil dès lors que ceux-ci n'y sont pas légalement admissibles.**

**Le ministre de l'Intérieur pourrait également intervenir par voie d'instruction auprès de l'ensemble des préfets afin de préciser, au regard de la jurisprudence récente développée sur ce point, la portée de la notion de « pays dans lequel l'étranger est légale-**

ment admissible », la seule preuve du passage de l'étranger par ce pays ne pouvant suffire, en tout état de cause, à présumer qu'il y serait légalement admissible<sup>290</sup>.

### **b. Du recours contestable à des documents unilatéralement émis par le pays procédant à l'éloignement pour pallier la non-délivrance de laissez-passer consulaires**

En second lieu, le Défenseur des droits a eu à connaître de la pratique consistant à procéder à la reconduite d'étrangers dépourvus de passeport ou de documents de voyage valides sur la base, non pas de laissez-passer consulaires, mais de documents unilatéralement délivrés par les autorités françaises, en l'occurrence des « laissez-passer européens » et des documents dits « laissez-passer préfectoraux ». Or, l'existence juridique de tels documents est, sinon floue pour les premiers, tout simplement fictive pour les seconds.

#### *i. Le recours aux laissez-passer européens (LPE)*

Prévus par une recommandation du Conseil de l'Union européenne en date du 30 novembre 1994, les laissez-passer européens (LPE) permettent à l'Etat procédant à l'éloignement d'un étranger en situation irrégulière de se dispenser de l'accord du pays de retour. Demeurée pendant longtemps très marginale, leur utilisation est sujette à controverses. A cet égard, on peut rappeler que la France avait, il y a quelques années, délivré de tels laissez-passer pour neuf Afghans de Calais, ce qui avait froissé Kaboul<sup>291</sup>. Par ailleurs, une association intervenant en centre de rétention pointe les difficultés que soulève la délivrance unilatérale de ces laissez-passer, évoquant les cas de ressortissants étrangers éloignés au moyen de LPE et finalement refoulés à leur arrivée dans le pays de destination<sup>292</sup>.

Interrogée par la voie d'une question parlementaire<sup>293</sup> sur les hypothèses dans lesquelles il pouvait être recouru au LPE par les Etats membres ainsi que sur le contrôle exercé par la Commission sur la portée et l'usage réservée à ce document par les Etats membres, la Commission européenne relevait que le recours à ce document avait été envisagé alors que l'Union n'avait pas encore compétence pour conclure des accords de réadmission. Elle indiquait que la recommandation du 30 novembre 1994 ne définissant pas les conditions de délivrance de ce document, la Commission ne contrôlait pas l'utilisation qu'en faisaient les Etats membres, sauf dans les cas où sa délivrance était prévue par des accords de réadmission de l'UE. Elle indiquait que, dans ce cadre, la grande majorité des LPE était délivrée pour permettre le retour de ressortissants de pays tiers à l'Etat ayant conclu l'accord de réadmission, ce dernier faisant alors fonction de pays de transit. Enfin, la Commission précisait qu'en tout état de cause, la

simple délivrance d'un LPE ne suffisait pas à garantir que le pays tiers réadmette une personne sur son territoire et que cette délivrance devait être précédée d'une décision de retour/d'éloignement et de contacts appropriés avec le pays tiers, dans le respect de la législation nationale applicable dans les États membres, de l'acquis de l'Union, et des normes et accords internationaux.

Saisi d'une réclamation faisant état de l'utilisation d'un laissez-passer européen émis par les autorités françaises pour permettre le retour d'un ressortissant mauritanien alors même qu'aucun accord de réadmission n'a été conclu entre l'Union européenne et la Mauritanie, le Défenseur des droits a interrogé le ministre de l'Intérieur sur les modalités du recours au LPE, qui semble actuellement se développer au sein des préfectures pour pallier les difficultés rencontrées pour obtenir des laissez-passer consulaires.

Dans un courrier de réponse en date du 26 janvier 2015, le ministère de l'Intérieur indiquait que le dispositif du LPE, dès lors qu'il était prévu par une recommandation de l'UE, n'appelait pas de transposition en droit interne et pouvait être utilisé comme document de voyage lorsque ce dispositif était prévu par un accord communautaire de réadmission, notamment lorsque la décision de réadmettre le ressortissant étranger en situation irrégulière avait été donnée par les autorités compétentes du pays d'origine mais que l'autorité consulaire n'avait pas délivré ou renouvelé, dans le délai prévu, le laissez-passer consulaire. Le ministère précisait ensuite qu'il pouvait également être recouru au LPE lorsqu'un accord bilatéral le prévoyait et qu'enfin, dans certains cas, sa délivrance pouvait résulter d'un « accord tacite » du pays d'origine consentant à son utilisation comme alternative au laissez-passer consulaire lorsque, par exemple, la réadmission a été acceptée à la suite d'une présentation consulaire ou après examen du dossier transmis par la préfecture. Il ressort de ces explications que, lorsqu'elle n'est pas expressément prévue par un accord de réadmission conclu par l'Union européenne ou un accord bilatéral conclu par la France, la délivrance du LPE repose sur des bases fragiles et expose l'étranger voyageant avec un tel document au risque de se voir finalement refouler aux frontières du pays vers lequel il est renvoyé. En effet, le ministère ne précise pas les garanties dont dispose l'étranger renvoyé avec un LPE délivré indépendamment de tout accord européen ou bilatéral mais remarque simplement qu' : « En définitive, le recours au LPE, se limite aux dossiers dans lesquels l'identité est sûre et reconnue par l'Etat d'origine, faute de quoi celui-ci refuserait l'admission de l'étranger concerné sur son territoire ».

**Le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur de préciser, par voie de règlement ou d'instruction, les hypo-**

**thèses de recours au laissez-passer européen prévu par la recommandation européenne du 30 novembre 1994 : le recours à un tel document devrait être limité aux seuls cas où il est expressément prévu par un accord européen de réadmission ou un traité bilatéral. Hors du cadre fixé par de tels accords, le recours au LPE devrait être prohibé ou, à tout le moins, limité aux cas où sa délivrance fait suite à un accord non pas tacite, mais exprès, du pays du renvoi.**

*ii. Le recours à des laissez-passer « préfectoraux »*

Dans le même courrier, le Défenseur des droits interrogeait également le ministre de l'Intérieur sur une autre pratique, observée en Guadeloupe, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, et consistant en la délivrance unilatérale, par les préfets de ces îles, de laissez-passer dits « préfectoraux » en vue de permettre, d'une part l'acheminement des étrangers en instance d'éloignement vers le centre de rétention des Abymes en Guadeloupe et, d'autre part, leur éloignement en Haïti.

En réponse au Défenseur des droits, le ministère de l'Intérieur indiquait que si la préfecture de Saint-Martin avait bien recours à de tels laissez-passer préfectoraux pour les étrangers devant être acheminés vers le CRA des Abymes avant leur départ pour leurs pays d'origine, les reconduites vers ces pays étaient en revanche réalisées conformément aux règles en vigueur, avec l'utilisation de laissez-passer consulaires.

S'agissant du recours, par la préfecture de la Guadeloupe, à des laissez-passer préfectoraux en vue de procéder à des éloignements vers Haïti, le ministère précisait qu'il s'agissait là d'une pratique ancienne semblant résulter d'un accord tacite convenu entre le département et le consul d'Haïti anciennement en poste. Confirmant l'illégalité de cette pratique, le ministère indiquait que le préfet en cause avait donné instruction à ses équipes ainsi qu'à la sous-préfecture d'arrêter cette procédure et que des contacts avaient été pris avec les autorités consulaires de la République d'Haïti en vue de mettre en place une procédure applicable en matière de délivrance de laissez-passer consulaires pour les ressortissants haïtiens reconduits.

**Le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur d'adresser aux préfets de la Guadeloupe, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin une instruction fixant les modalités de délivrance d'un laissez-passer préfectoral permettant l'acheminement des étrangers au centre de rétention administrative des Abymes en Guadeloupe et rappelant l'impossibilité d'utiliser ce document aux fins d'éloignement d'un étranger à destination de pays voisins, notamment Haïti.**

# NOTES

- <sup>1</sup>. *Les analyses développées ne concernent que les droits effectivement consacrés par le droit positif et à l'écart mesurable entre la proclamation de ces droits et leur effectivité. Seront exclues la problématique des droits qui restent à conquérir et dont sont privés les étrangers en raison de leur extranéité et la question de la pertinence du lien que la citoyenneté entretient avec la nationalité plutôt qu'avec la résidence habituelle sur un territoire.*
- <sup>2</sup>. Danièle LOCHAK, *Etrangers : de quel droit ?* Puf, 1985.
- <sup>3</sup>. *Pour exemple, voir les lois n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité et n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.*
- <sup>4</sup>. *Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des Etrangers en France.*
- <sup>5</sup>. *Infos Migrations n° 35, février 2012, Département des statistiques, des études et de la documentation du Secrétariat général à l'immigration et à l'intégration (Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration)*
- <sup>6</sup>. *Wim VAN OORSCHOT et Antoine MATH, La question du non recours aux prestations sociales, Recherches et Prévisions, 43 (1), PP. 5-17, 1996 ; Alexis SPIRE, Ces étrangers qui renoncent à leurs droits, Plein droit n° 106, oct. 2015.*
- <sup>7</sup>. *Etabli par le Règlement CE n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juil. 2009.*
- <sup>8</sup>. *Article 32§1*
- <sup>9</sup>. *CJUE, 19 déc. 2013, Koushkaki, §§56-57, n° C-84/12.*
- <sup>10</sup>. *CE, réf., 19 juil. 2006, n° 294906, CE, réf., 20 avr. 2009, n° 327162.*
- <sup>11</sup>. *CESEDA, articles L.211-3 et suivants.*
- <sup>12</sup>. *Pour le Français, l'Européen ou le Suisse, une carte d'identité ou un passeport ; pour l'étranger non-européen un titre de séjour.*
- <sup>13</sup>. *CESEDA, articles R.211-12 et suivants et circulaire du 23 nov. 2004 (NOR : INT/D/04/00135C).*

14. CESEDA, articles R.211-11 8° et R.211-14.
15. CESEDA, article L.211-4.
16. Conseil constitutionnel, 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC et CE, 26 juil. 2006, n° 276777.
17. CESEDA, article L.411-5.
18. CESEDA, article L.314-8.
19. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
20. CESEDA, articles L.211-9 et R.211-11.
21. CE, 18 fév. 2011, n° 335348.
22. Le principe ressort de la jurisprudence. Voir par exemple, CE, 14 juin 2002, n° 227019.
23. CE, 8 juin 2011, n° 322494.
24. CESEDA, article L.211-2-1.
25. CAA Nantes, n° 14NT02452.
26. CESEDA, L.211-2 2°.
27. CE, 5 nov. 2009, n° 319981.
28. Conseil constitutionnel, 22 avr. 1997, n° 97-389 DC.
29. CAA de Nantes, 23 déc. 2014, n° 13NT03476, CAA Douai, 30 juin 2011, n° 11DA00445.
30. NOR : INTD0400006C.
31. Voir par exemple CE, 23 fév. 2011, n° 328543, CE, 30 déc. 2010, n° 329956.
32. Voir par exemple CE, 23 mars 2009, n° 304765 ; CE, 6 mai 2010 n° 328039 ; CE, 22 août 2012, n° 357685.
33. CEDH, 10 juil. 2014, Senigo Longue c/ France
34. CEDH, 10 juil. 2014, n° 2260/10, Tanda-Muzinga c/ France ; n° 52701/09, Mugenzi c/ France ; n° 19113/09.
35. CEDH, 19 fév. 1996, n° 23218/94, Gül c/ Suisse, § 38.
36. CEDH, 31 janv. 2006, n° 50435/99, Rodrigues da Silva et Hoogkamer c/ Pays-Bas, § 39.
37. CE, 4 juillet 1997, n° 156298 ; 19 mars 2003, n° 234636.

38. Voir par exemple : CE, 22 juil. 2008, n° 294797 ; 7 août 2008, n° 289842 ; 27 janv. 2010, n° 321110.
39. CEDH, 19 janv. 2012, nos 39472/07 et 39474/07, Popov c/ France, § 139.
40. CE, 2<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> SSR, 18 juin 2014, Anafe et Gisti, n° 366307.
41. CE, réf., 9 juil. 2015, n° 391392.
42. Conseil constitutionnel, 25 févr. 1992, n° 92-307 DC.
43. Conseil constitutionnel, 3 août 1993, n° 93-325 DC.
44. Code des visas, article 43.
45. Règl. (CE) n° 390/2009 du Parlement européen et du Conseil 23 avr. 2009.
46. CEDH, Grande Ch., 23 fév. 2012, Hirsi Jamaa et autres contre Italie, n° 27765/09.
47. CEDH, 20 mars 1991, Cruz Varas et autres contre Suède, n° 15576/89.
48. Directive relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.
49. Réseau euro-méditerranéen des droits de l'Homme, Note politique sur les accords de réadmission UE-Turquie.
50. Arrêt Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni du 30 oct. 1991, série A n° 215, p. 34, § 102.
51. Voir notamment l'arrêt Ahmed c. Autriche du 17 déc. 1996, Recueil 1996-VI, p. 2206, §§ 39-40.
52. Commission européenne, Communication du 26 mars 2006 sur la politique commune d'asile.
53. Commission européenne, Communication du 13 mai 2015 sur l'Agenda européen sur la migration.
54. Association européenne pour la défense des droits de l'Homme, Le processus de Khartoum, nouvelle étape du dialogue Euro-africain, <http://www.aedh.eu/Le-processus-de-Khartoum-nouvelle.html>
55. AFP, 14 mars 2015.
56. Commission européenne, Communication du 1<sup>er</sup> septembre 2005 sur les programmes de protection régionaux.
57. Human Rights Watch, « Ukraine : des migrants et des demandeurs d'asile régulièrement maltraités », communiqué de presse, 30 nov. 2005.

58. Ibid.
59. Ch. BLONDEL, Maybritt Jill ALPES et Nausicaa PREISS, « Pénaliser l'émigration : l'Europe complice », *Plein droit* n° 107, déc. 2015, p. 26.
60. Commission européenne, communiqué de presse, Bruxelles, 3 mars 2014.
61. ERRC, *Written comments concerning Macedonia for consideration by the Human Rights Committee*, 2015.
62. Arrêté du 22 oct. 2015 portant classement des postes d'experts techniques internationaux.
63. CE, 29 juin 2015, Ordonnances nos 391192, 391275, 391276, 391278, 391279.
64. Y. PASCOUAT, La montée des frontières nationales et la chute d'un symbole, *EuropeanMigrationLaw.eu*.
65. Voir le Rapport du Défenseur des droits « Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais », oct. 2015.
66. S. KESSLER, *JRS Europe, Discussion paper for LIBE, Committee meeting*, 27 juin 2013.
67. Règlement pour la surveillance des frontières maritimes durant les opérations Frontex.
68. S. LLEWELLYN, *Recherches et Secours en Méditerranée*, précité, p. 9.
69. Commission européenne, du 13 mai 2015, *Communication sur l'Agenda européen sur la migration*.
70. S. LLEWELLYN, *Recherches et Secours en Méditerranée*, précité, p. 13.
71. Voir en ce sens le rapport de MM. ARIBAUD et VIGNON sur la situation des migrants dans le Calais de juin 2015 et celui de la CNCDH du 2 juil. 2015 sur la situation des migrants à Calais et dans le Calaisis.
72. Anafé, *Des zones d'atteintes aux droits, Rapport d'observations dans les zones d'attente*, nov. 2015.
73. Article 13, I., 1° de la loi.
74. Voir, par exemple, CEDH, 26 juil. 2007, Gebremedhin c. France, n° 25389/05,
75. CE, 14 fév. 2001, n° 220271 et CE, 31 oct. 2008, OIP, n° 293785
76. C.cass. 22 mai 2007, n° 06-17238 et 6 mai 2009, n° 08-14519.
77. §67 de l'observation générale précitée du Comité des droits de l'enfant.



78. *Loi n° 84-622 du 17 juil. 1984 portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et du code du travail et relative aux étrangers séjournant en France et aux titres uniques de séjour et de travail.*
79. *D. LOCHAK, « Devoir d'intégration et immigration », RDSS 2009, p.18.*
80. *Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.*
81. *Recommandations formulées lors de l'audition du Défenseur des droits par le député M. FEKL dans le cadre de l'élaboration du rapport « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », avr. 2013.*
82. *Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 nov. 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, article 5.*
83. *Etude d'impact, 22 juil. 2014 (NOR : INTX1412529L/Bleue-1), p. 27.*
84. *Projet de loi relatif au droit des étrangers en France, Etude d'impact, précité, p. 29.*
85. *Rapport sur l'accueil des ressortissants étrangers par les préfectures et sous-préfectures, IGA, déc. 2014 ; Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France, rapport FEKL précité ; Devant la loi, Enquête sur les conditions d'accueil des étrangers dans les préfectures, l'information du public, et l'instruction des dossiers, Cimade, mai 2008.*
86. *Circulaire du ministre de l'Intérieur du 4 déc. 2012 (n°12-028975-D) ; Circulaire du 3 jan. 2014, Amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture, mesures de simplification et objectifs d'organisation (NOR : INTK1400231C) ; Directive nationale d'organisation pour l'amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture, 3 jan. 2014.*
87. *TA Marseille, 15 sept. 2009, n° 1304419.*
88. *Conseil constitutionnel, 27 juil. 1994, n° 94-343/344 DC.*
89. *CE, Section de l'intérieur, avis du 22 août 1996, n° 359622.*
90. *CE, 8 août 2002, n° 247739.*
91. *Circulaire du 3 jan. 2014, Amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture, mesures de simplification et objectifs d'organisation (NOR : INTK1400231C).*
92. *Rapport sur l'accueil des ressortissants étrangers par les préfectures et sous-préfectures, IGA, déc. 2014, p. 55.*

- <sup>93</sup>. *Ce module visant à harmoniser sur l'ensemble du territoire national l'information délivrée aux usagers étrangers est accessible à l'adresse : <http://accueil-etrangers.gouv.fr/>*
- <sup>94</sup>. Rapport sur l'accueil des ressortissants étrangers par les préfetures et sous-préfetures, op. cit., p. 56.
- <sup>95</sup>. *Constat effectué le 10 fév. 2016 par les services du Défenseur des droits sur le site Internet [accueil-etrangers.gouv.fr](http://accueil-etrangers.gouv.fr/).*
- <sup>96</sup>. CESEDA, articles L.313-6 et R.313-6.
- <sup>97</sup>. CAA Bordeaux, 2 fév. 1998, n° 95BX01695.
- <sup>98</sup>. Circulaire DGP/SIAF/2011/021 du 15 nov. 2011 (NOR MCCC113098OC).
- <sup>99</sup>. CESEDA, article R.311-6.
- <sup>100</sup>. CE, 12 nov. 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Bechar*, n° 239794.
- <sup>101</sup>. Circulaire du 5 jan. 2012 (NOR IOCL1200311C).
- <sup>102</sup>. *Pièces énumérées par les listes nationales établies par la Direction de l'immigration, [voir supra, PI-II-A-2-b].*
- <sup>103</sup>. CESEDA, articles R.311-7 et R.311-9 : *les attestations de dépôt sont délivrées aux étudiants lorsque leur établissement a conclu avec la préfecture une convention de dépôt groupé et aux titulaires de cartes de résident.*
- <sup>104</sup>. *Voir par exemple la décision n° MLD-2015-311 (défaut de délivrance de récépissé à une ressortissante malgache sollicitant sa régularisation en tant que conjointe de Français).*
- <sup>105</sup>. CESEDA, article L.313-14.
- <sup>106</sup>. Circulaire n° NOR INTK1229185C du 28 nov. 2012.
- <sup>107</sup>. *Application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France.*
- <sup>108</sup>. Circulaire du 4 déc. 2012 (n°12-028975-D) ; Circulaire du 3 jan. 2014 (NOR : INTK1400231C) ; *Directive nationale d'organisation pour l'amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture, 3 jan. 2014.*
- <sup>109</sup>. *Précarisation du séjour, régression des droits, Gisti, Penser l'immigration autrement, 2016.*
- <sup>110</sup>. CESEDA, article L.313-15.
- <sup>111</sup>. *A cet égard, précisons que la circulaire du 28 nov. 2012 (n° NOR INTK1229185C) engage les préfets à ne pas opposer systématiquement au mineur le critère tiré de la nature des liens avec pays d'origine « si ces liens sont inexistants, ténus ou profondément dégradés ».*

- <sup>112</sup>. *Circulaire du 28 nov. 2012 (NOR INTK1229185C).*
- <sup>113</sup>. *Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 dite « loi Debré ».*
- <sup>114</sup>. *Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.*
- <sup>115</sup>. *Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.*
- <sup>116</sup>. *Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.*
- <sup>117</sup>. *CE, Sect. 7 avr. 2010, Jabnoun, n° 301640 et Bialy, n° 31662 ; CE, 15 juin 2012, n° 344761.*
- <sup>118</sup>. *Ce groupe de travail réunit une dizaine de membres associatifs et intentionnel a pour objet d'identifier les difficultés en matière de droit au séjour (médical et edm) et d'élaborer des reco en vue de...*
- <sup>119</sup>. *Droit au séjour pour soins, Rapport de l'observatoire malades étrangers, AIDES, juin 2015.*
- <sup>120</sup>. *CESEDA, article R.313-22 in fine.*
- <sup>121</sup>. *Circulaire du ministère de l'Intérieur prise en application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France.*
- <sup>122</sup>. *Instruction ministérielle du 10 mars 2014 sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pour raisons de santé (DGS/MC1/DGEF/2014/64).*
- <sup>123</sup>. *CE, 30 nov. 2011, Da Costa, n° 351584*
- <sup>124</sup>. *Instruction interministérielle du 10 mars 2014 sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pour raisons de santé, précité.*
- <sup>125</sup>. *CESEDA, article R.311-4.*
- <sup>126</sup>. *Courrier du 24 octobre 2013 à la ministre de la Santé ([http://www.smissp.fr/IMG/pdf/Lettre\\_Ministres\\_Etrangers\\_malades-oct\\_2013.pdf](http://www.smissp.fr/IMG/pdf/Lettre_Ministres_Etrangers_malades-oct_2013.pdf)).*
- <sup>127</sup>. *F. BEROUJON, « Le droit au séjour des étrangers malades – la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », Droit administratif, déc. 2014, n° 12.*
- <sup>128</sup>. *CE, Sect., 7 avril 2010, précité.*
- <sup>130</sup>. *Haut Comité de la Santé Publique, Rapport sur la santé en milieu carcéral, jan 1993.*

- <sup>131</sup>. *Instruction du 10 novembre 2011 relative aux recommandations pour émettre les avis médicaux concernant les étrangers malades atteints de pathologie grave (DGS/MC1/RI2/2011/417). L'instruction se réfère explicitement à des circulaires antérieures : circulaires du 30 septembre 2005 (DGS/SD6A/2005/443) actualisée par la circulaire du 23 octobre 2007 (DGS/RI2/383).*
- <sup>132</sup>. *TA Paris, 10 juil. 2012, n° 1106219/6-1 et TA Paris, 29 déc. 2014.*
- <sup>133</sup>. *CAA Paris, n° 14PA04207*
- <sup>134</sup>. *Plusieurs juridictions avaient suivi un raisonnement en tout point comparable et enjoint aux préfets de délivrer une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » d'une durée d'une année : TA Paris, 21 déc. 2012, n° 1115970 ; TA Versailles, 17 avr. 2015, nos 1403169 et 1403170 ; CAA Bordeaux, 30 oct. 2012 ; TA Pontoise, 5 fév. 2008, n° 0707506.*
- <sup>135</sup>. *Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (1), Titre III, chapitre 1<sup>er</sup> : exonération des personnes étrangères victimes de violences conjugales des taxes et des droits de timbre exigés lors de la délivrance ou du renouvellement d'un titre de séjour, possibilité de renouveler le titre de séjour d'une personne étrangère victime de violences conjugales ouverte quelle que soit la cause de la rupture de la vie commune.*
- <sup>136</sup>. *Le Défenseur des droits a notamment été interpellé sur cette problématique par les associations Voix d'Elles Rebelles et La Cimade ainsi que par le Centre National d'Information sur les Droits des Femmes et des Familles (CNIDFF).*
- <sup>137</sup>. *CESEDA, articles L.313-12 alinéa 2 pour les conjoints de Français et L.431-2 alinéa 4 pour les bénéficiaires du regroupement familial.*
- <sup>138</sup>. *CESEDA, article L.316-3 alinéa 1*
- <sup>139</sup>. *Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (1), article 45.*
- <sup>140</sup>. *CESEDA, articles L.313-12 alinéa 2 pour les conjoints de Français et L.431-2 alinéa 4 pour les bénéficiaires du regroupement familial.*
- <sup>141</sup>. *Instruction NOR IOCL1124524C du 9 septembre 2011 relative au droit au séjour des personnes victimes de violences conjugales et à la mise en oeuvre des articles L.313-12, L.316-3 et L.431-2 du CESEDA.*
- <sup>142</sup>. *A cet égard, le Centre National d'Information sur les droits des Femmes et des Familles (CNIDFF) relève que certains juges des affaires familiales n'ont jamais rendu d'ordonnance alors que la disposition existe depuis 2010. En outre, des disparités sont constatées dans l'appréciation de la preuve de la vraisemblance de la commission des faits de violences*

*et du danger. Plusieurs CIDFF notent qu'au-delà des critères légaux, certaines juridictions exigent, pour prononcer des ordonnances de protection, que les victimes apportent un récépissé de dépôt de plainte.*

143. *Rapport d'information n° 4169 de M. Guy GEOFFROY et Mme Danielle BOUSQUET (députés), relatif à la mise en application de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, déposé le 17 janvier 2012 par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république ; Contribution déposée le 24 avril 2013 en vue du projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes présentée par Mmes Édith GUEUGNEAU et Monique ORPHE au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances.*
144. *CESEDA, article L.316-1.*
145. *Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais, Rapport du Défenseur des droits, oct. 2015.*
146. *Ces préconisations sont rappelées par le Commissaire aux Droits de l'homme Nils MUIZNIELS dans un communiqué du 20 août 2015 : « Sans papiers mais pas sans droits : les droits sociaux minimaux des migrants en situation irrégulière ».*
147. *CESEDA, article R.311-1.*
148. *CESEDA, article R.311-2-1.*
149. *CPP, articles 723-3, 148-5 et 723-6.*
150. *La Cimade, Rapport d'observation, Etrangers en prison. A l'ombre du droit, p. 15.*
151. *Le Défenseur des droits se trouve saisi de difficultés rencontrées par des détenus titulaires de carte de résident alors même que ce titre est, au regard de l'article L.314-1 du CESEDA, renouvelable de plein droit.*
152. *Circulaire du 25 mars 2013 (NOR : INT/V/13/06710/C).*
153. *Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 9 mai 2014 relatif à la situation des personnes étrangères détenues, publié au Journal officiel le 3 juin 2014.*
154. *Circulaire du 25 mars 2013 précitée.*
155. *Il ressort des constats dressés par les délégués du Défenseur des droits que, dans le Maine-et-Loire par exemple, à la maison d'arrêt d'Angers, en plus d'un tissu associatif et administratif très développé (permanences CAF, CPAM, Pôle emploi), la circulaire a été mise en oeuvre. Un accord a été conclu entre tous les acteurs avec une réelle efficacité sur la gestion et le suivi des démarches.*

- <sup>156.</sup> *La mise en oeuvre d'un tel dispositif au sein des établissements pénitentiaires apparaît techniquement envisageable, des points d'accueil externalisés ayant déjà été mis en place à destination des étudiants étrangers dans le cadre de conventions conclues par les préfetures avec certains établissements universitaires. Dans une Directive nationale d'organisation pour l'amélioration de l'accueil des étrangers en préfecture, le ministre de l'Intérieur, encourageant le développement de telles conventions.*
- <sup>157.</sup> *Il résulte des articles L.5221-5 et R.5221-1 du code du travail que les étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ne peuvent exercer une activité professionnelle salariée en France sans en avoir au préalable obtenu l'autorisation.*
- <sup>158.</sup> *Voir respectivement les articles 2, 3 et 4 de la Convention EDH.*
- <sup>159.</sup> *CT, article L.8251 et suivants.*
- <sup>160.</sup> *Cet accès est rappelé par la circulaire ministérielle D.S.S./A.A.F. n° 95-11 du 17 fév. 1995, point 2.5.*
- <sup>161.</sup> *CSS, articles L.374-1 et L.471-1.*
- <sup>162.</sup> *CESEDA, article L.313-11 9°.*
- <sup>163.</sup> *C.cass., Soc., 9 juil. 2014, n° 13-11027.*
- <sup>164.</sup> *C.cass., Soc., 4 juil. 2012, n° 11-18.840.*
- <sup>165.</sup> *C.cass., Soc., 25 sept. 2012, n° 11-19712.*
- <sup>166.</sup> *C.cass., Soc. 18 fév. 2014, n° 12-19214.*
- <sup>167.</sup> *CA Paris, 13 mars 1997, RG no 95/38164.*
- <sup>168.</sup> *C.cass., Soc. 6 nov. 2001, no 99-42.054.*
- <sup>169.</sup> *C.cass., Soc., 29 janv ; 2008, n° 06-41.059.*
- <sup>170.</sup> *CT, articles R.8252-1 et R.8252-2.*
- <sup>171.</sup> *Le conseil de prud'hommes est en effet compétent pour tous les litiges individuels nés à l'occasion d'un contrat de travail (article L.1411-1 du code du travail).*
- <sup>172.</sup> *C. cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 fév. 2007, n° 05-10.880.*
- <sup>173.</sup> *Civ. 1<sup>re</sup>, 23 jan. 2008, n° 06-21.340.*
- <sup>174.</sup> *C. cass. Crim., 11 fév.1998, n° 96-84.997.*
- <sup>175.</sup> *Le Défenseur des droits s'appuie sur une jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle est reconnu l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur l'origine d'une employée à domicile*

*du fait de sa situation irrégulière, considérant que les juges d'appel avaient légalement justifié leur décision en relevant que « l'exploitation de la qualité d'étrangère de Madame Z en situation irrégulière sur le territoire français ne lui permettant aucune réclamation avait entraîné pour "la salariée" la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail » (Soc., 3 nov. 2011, n° 10-20765).*

- <sup>176.</sup> *Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe n° 197 sur la lutte contre la traite des êtres humains.*
- <sup>177.</sup> *CESEDA, L.316-1.*
- <sup>178.</sup> *Afin d'assurer l'attractivité du nouveau titre « passeport talent » regroupant les cartes « compétences et talents », « salariés en mission », « profession artistique et culturelle », « scientifiques-chercheurs » délivrés à la marge, la nouvelle loi offre des garanties importantes à ses bénéficiaires : une carte pluriannuelle de 4 ans dès la première admission au séjour ainsi que pour leur conjoint. Seuls un nombre très restreint d'étrangers en bénéficieront, les cartes de séjour « salarié » représentant, au vu des chiffres publiés par le ministère de l'Intérieur, l'écrasante majorité des titres de séjour délivrés au titre de l'immigration professionnelle.*
- <sup>179.</sup> *Titres de séjour délivrés sur le fondement de l'article L.313-10 1° du CESEDA.*
- <sup>180.</sup> *Selon les chiffres publiés par le ministère de l'Intérieur, 13 692 cartes de séjour « salarié » ont été délivrées aux primo-demandeurs d'un titre de séjour en 2014, ce qui représente plus de 70% des titres de séjour délivrés à ces derniers au titre de l'immigration professionnelle (L'admission au séjour – les titres de séjour, 15 janvier 2016 (<http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Statistiques/Tableaux-statistiques/L-admission-au-sejour-les-titres-de-sejour>)).*
- <sup>181.</sup> *La loi relative au droit des étrangers qui est sur le point d'être promulguée évoque désormais un CDI.*
- <sup>182.</sup> *CT, article R.5221-11.*
- <sup>183.</sup> *CT, article R.5221-34.*
- <sup>184.</sup> *Les cas de démissions considérés comme légitimes sont exhaustivement énumérés dans l'Accord d'application n° 14 du 14 mai 2014 pris pour l'application des articles 2, 4<sup>e</sup>) et 26 § 1<sup>er</sup> b) du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage.*
- <sup>185.</sup> *CT, article R.5221-33.*

- <sup>186</sup>. CT, article R.5221-36.
- <sup>187</sup>. C.cass., Soc. 18 avril 2000, n° 97-44.235 ; C.cass. Soc. 21 mai 2002, n° 00-42.909.
- <sup>188</sup>. Accord d'application n° 14 du 14 mai 2014, précité.
- <sup>189</sup>. Accord d'application n° 12 du 14 mai 2014 pris pour l'application de l'article 48 du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage, §1<sup>er</sup>.
- <sup>190</sup>. La Cour EDH a en effet jugé que les prestations sociales pouvaient constituer des biens au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la CEDH, dont les personnes jouissent sans discrimination au sens de l'article 14 de la même convention : 16 sept. 1996, Gaygusuz c. Autriche, n° 17371/90.
- <sup>191</sup>. Circulaire Unedic n° 2014-26 du 30 sept. 2014, p. 22.
- <sup>192</sup>. CESEDA, article L.313-10 1°.
- <sup>193</sup>. CT, article R.5221-48 4°.
- <sup>194</sup>. « Lorsqu'un travailleur migrant a été régulièrement admis sur le territoire d'un Membre, ledit Membre devrait s'abstenir, autant que possible, d'éloigner de son territoire ce travailleur pour des raisons tirées de l'insuffisance des ressources du travailleur ou de la situation du marché de l'emploi ». (R086 – Recommandation (n° 86) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, article 18).
- <sup>195</sup>. CT, articles R.5221-10 et R.5221-5 8°.
- <sup>196</sup>. La limitation de l'autorisation de travail constituée par la carte « travailleur temporaire » à un seul employeur apparaît contraire à la directive « permis unique » n° 2011/98/UE du 13 décembre 2011 visant à simplifier les démarches des étrangers ressortissants de pays tiers à l'Union venant travailler au sein de l'Union via la création d'un permis de séjour et de travail unique. En effet, l'article 11 de la directive précise que « Lorsqu'un permis unique a été délivré conformément au droit national, il autorise, pendant sa période de validité, au minimum son titulaire à (...) exercer l'activité professionnelle spécifique autorisée dans le cadre du permis unique, conformément au droit national ». Il ressort de ces dispositions que la carte de séjour « travailleur temporaire », qui constitue bien un permis unique de séjour et de travail, peut donc être limitée, tout au plus, à un métier, mais non à seul employeur.
- <sup>197</sup>. Au moins 6 mois pour le contrat d'accompagnement dans l'emploi (CT, article L.5134-25) et un an pour les contrats d'avenir (CT, article L.5134-115).



- <sup>198</sup>. CT, article R.5134-50.
- <sup>199</sup>. CT, articles R. 5134-46 et R.5134-47.
- <sup>200</sup>. LOI n° 2007-1631 du 20 novembre 2007.
- <sup>201</sup>. Voir par exemple, TA de Cergy, 18 déc. 2015, TA de Melun, 8 juil. 2011, TA de Limoges, TA de Besançon, 12 mars 2011, 24 sept. 2009, suivant les observations présentées par le Défenseur des droits.
- <sup>202</sup>. Article L.821-2 2° du code de la sécurité sociale.
- <sup>203</sup>. Voir par exemple CAA Douai, 24 sept. 2015, n° 15DA00414.
- <sup>204</sup>. CE, avis, 22 mars 2010, n° 333679.
- <sup>205</sup>. Instruction ministérielle du 9 sept. 2011 (NOR : IOCL1124524C).
- <sup>206</sup>. Voir par exemple : CAA Nantes, 18 déc. 2009 n° 09NT01020 ; CAA Nancy, 26 sept. 2013 n° 13NC00300 ; TA de Nancy, 10 jan. 2009, n° 0900037.
- <sup>207</sup>. Droit au séjour pour soins, Rapport de l'observatoire malades étrangers, précité.
- <sup>208</sup>. CESEDA, article L.311-1.
- <sup>209</sup>. CE, 26 juil. 1991, n° 122711.
- <sup>210</sup>. Circulaire du 31 mai 2013 (NOR : JUSF1314192C).
- <sup>211</sup>. Circulaire interministérielle du 25 jan. 2016 (NOR : JUSF1602101C).
- <sup>212</sup>. En se fondant non plus sur l'article 8 de la CEDH mais sur l'article 3-1 de la CDE, le juge des référés du CE considère donc que l'intérêt supérieur de l'enfant est une liberté fondamentale qui peut être invoquée dans le cadre de la procédure de référé liberté prévue à l'article L.521-2 du CJA dans le contentieux de l'éloignement des étrangers mineurs.
- <sup>213</sup>. CE, réf., 25 oct. 2014, n° 385173.
- <sup>214</sup>. CESEDA, articles L.521-1 et suivants.
- <sup>215</sup>. CESEDA, articles L.541-1 et suivants.
- <sup>216</sup>. CESEDA, article L.521-2 et suivants.
- <sup>217</sup>. CESEDA, article L.731-3.
- <sup>218</sup>. CESEDA, article L.522-1.
- <sup>219</sup>. Voir par exemple : CE, 23 fév. 2000, n° 196721.
- <sup>220</sup>. CESEDA, articles R.524-1 et L.524-3, à la condition toutefois de justifier résider hors de France ou, à défaut, être détenu ou assigné à résidence en France.
- <sup>221</sup>. CESEDA, article L.524-2.

222. CESEDA, article L.524-2.
223. *A l'exception des parents d'enfants français [voir supra, PI-II-A-1].*
224. CDE, articles 3-1 et 9-3.
225. CE, 2 fév. 1998, n° 182769 ; CE, 24 mai 2000, n° 211987 ; CE, 13 sept. 2000, n° 217542.
226. CE, 30 juil. 2003, n° 254483 ; CE, 26 avr. 2006, n° 273977.
227. CE, 8 juil. 2005, n° 264787 ; CAA Nantes, 29 oct. 2014, n° 13NT03214.
228. CAA Lyon, 16 juil. 2007, n° 06LY02319 ; CAA Versailles, 18 juin 2009, n° 08VE04118.
229. CE, 9 avr. 1999, n° 192926 ; CE, 4 sept. 1998, n° 187001.
230. CAA Bordeaux, 15 mai 2007, n° 07BX00033 ; CE, 8 avr. 2009, n° 300721.
231. *Voir par exemple : CE, 10 déc. 2003, n° 250631 ; CAA Versailles, 29 janv. 2009, n° 07VE02549 ; CAA Nantes, 29 oct. 2009, n° 08NT032218.*
232. *Voir par exemple : CAA Douai, 2 juil. 2009, n° 08DA01920 ; CAA Versailles, 20 mars 2009, n° 08VE00449 ; CAA Paris, 18 déc. 2009, n° 09PA00684.*
233. *Voir par exemple : CE, 30 juil. 2003, n° 254602.*
234. *Circulaire du 28 nov. 2012 (NOR : INT/K/12/29185/C).*
235. CESEDA, article L.511-1 III.
236. *L'étude d'impact du projet de loi relatif aux étrangers révèle ainsi qu'en 2013, seules 1 515 OQTF ont été assorties d'une interdiction de retour, ce qui représente 1,91% de la totalité des OQTF délivrées.*
237. *Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.*
238. *Sur la non-conformité au droit de l'Union de la notion de risque de fuite retenue en droit interne, [voir infra, PI-III-B-2].*
239. *Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, article 27 modifiant l'article L.511-1 du CESEDA.*
240. *CESEDA, article L.511-1. La possibilité d'abrogation est subordonnée au fait que l'étranger réside hors de France ou, à défaut, qu'il soit dans l'impossibilité de quitter la France du fait de son incarcération ou assignation à résidence.*
241. CESEDA, article L.511-3-1.

242. *Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, article 28.*
243. *Concernant la CNDS, V. ainsi, rapport d'activités 2010, p. 79 s.*
244. *CNDS, Rapport d'activités 2010, p. 82 et suiv.*
245. *Instruction du 19 oct. 2013 relative à l'interdiction de l'intervention des forces de police et de gendarmerie dans le cadre scolaire lors du déroulement de procédures d'éloignement (MIN INTK1307763).*
246. *Circulaire n° NOR INTD0500097C du 31 oct. 2005.*
247. *Circulaire n° NOR INTK1220185C du 28 nov. 2012.*
248. *CEDH, 5 fév. 2002, Conka c/ Belgique, n° 51564/99.*
249. *Le décret du 9 déc. 1978, pris pour application de l'article 120 du code pénal, ne fixait aucune limite à la durée de rétention.*
250. *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.*
251. *Aux termes de l'article 15§1 de la Directive précitée, la rétention d'un ressortissant d'un Etat tiers en vue de préparer son retour ou de procéder à son éloignement ne peut être envisagée que s'il n'existe pas de mesures moins coercitives susceptibles d'être appliquées efficacement.*
252. *Certains rapports interrogent néanmoins l'efficacité du dispositif de rétention au regard des coûts qu'il génère. Voir notamment le Rapport d'Information n° 516 (2008-2009) de M. P. BERNARD-REYMOND, fait au nom de la commission des finances du Sénat, et déposé le 3 juil. 2009, sur l'enquête de la Cour des comptes relative à la gestion des centres de rétention administrative.*
253. *Article 5 de la CEDH notamment.*
254. *Article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 notamment.*
255. *C.cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 déc. 2009, n° 08-14.141 et 08-21.10 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 28mars 2012, n° 10-26141.*
256. *CEDH, 19 jan. 2012, Popov c. France, nos 39472/07 et 39474/07.*
257. *Circulaire du 6 juillet 2012 relative à la mise en oeuvre de l'assignation à résidence prévue à l'article L.561-2 du CESEDA, en alternative au placement des familles en rétention administrative sur le fondement de l'article L.551-1 du même code (NOR INTK1207283C).*

258. *Centres et locaux de rétention, rapport commun des 5 associations intervenant en CRA, 2014, p. 11.*
259. « *Enfants en rétention : sombre année 2015* », communiqué des 5 associations intervenant en CRA, 12 jan. 2016.
260. *L'article R.551-3 du CESEDA.*
261. *Rapport 2014 sur les centres et locaux de rétention administrative publié par les organisations habilitées à venir en aide aux étrangers retenus.*
262. *Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.*
263. *Le droit à la santé des personnes enfermées en rétention administrative, La Cimade, 2012-2013.*
264. *Avis concernant les certificats médicaux de compatibilité avec une mesure de rétention et/ou une mesure d'éloignement, FUMCRA, 8 janvier 2012.*
265. *TGI Paris, 4 février 2016, n° 16/00400.*
266. *CA Paris, 5 février 2016, n° 16/00482.*
267. *Circulaire NOR IMIM1000105C.*
268. *CESEDA, article L. 551-3.*
269. *CESEDA, article R.723-3.*
270. *Loi n° 2015-925 du 29 juil. 2015 relative à la réforme du droit d'asile.*
271. *CESEDA, article L.556-1.*
272. *CE, 30 juil. 2014, La Cimade, n° 375430.*
273. *CESEDA, article R.723-1.*
274. *CESEDA, articles L.743-1 et suivants.*
275. *CJA, article L.777-2.*
276. *V. ainsi, CPP, articles 3 et 4 ; article 418 ; article 706-3 ; Conv. EDH, article 6 §1.*
277. *Circulaire du premier ministre 514/06/SG du 4 avr. 2006 s'agissant des dommages liés aux opérations de police judiciaire ; Circulaire ministérielle du 4 mai 2007 s'agissant des dommages liés aux opérations de police administrative (NOR INT/D/07/0005/C).*
278. *Directive 2008/115/CE du 16 déc. 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.*

279. *Ibid.*, article 35.
280. F. LUTZ, *The Negotiations on the Return Directive : Comments and Materials*, Wolf Legal Publishers, 2010, 537 p.
281. *Directive 2008/115/CE du 16 déc. 2008, précitée*, article 15 §1.
282. *Il se déduit du principe de respect de la dignité humaine, conventionnellement et constitutionnellement protégé, de l'article 3 de la CEDH prohibant les traitements inhumains et dégradants, et de l'article 16-1 du code civil consacrant l'inviolabilité du corps humain.*
283. *CP, livre II, titre II.*
284. *Code de l'aviation civile, articles L.322-4 et L.422-3.*
285. *Instruction relative à l'éloignement par voie aérienne des étrangers en situation irrégulière, Direction générale de la police nationale, 17 juin 2003.*
286. *CESEDA, art. L. 624-1, al. 1<sup>er</sup> in fine, art. L. 624-2 : le délit de soustraction à une mesure d'éloignement (constitué notamment par le refus d'embarquer) est puni d'une peine d'emprisonnement de trois ans et d'une interdiction du territoire français d'au plus trois ans.*
287. *Cette précision figure dans le guide de l'escorte contenu en annexe de l'instruction de 2003, dans un paragraphe relatif à l'emploi de la coercition, et plus précisément dans une phrase concernant l'usage du dispositif de « régulation phonique ». Interdite par une note de la DCPAF du 3 décembre 2014, la régulation phonique consistait à pratiquer un étranglement sur la personne pendant quelques secondes pour l'empêcher de crier.*
288. *Ce dispositif ne peut être utilisé que par un agent qui réalise une escorte pour l'ensemble du vol. Il comprend, outre les liens aux chevilles et au-dessus des genoux, une ceinture réglable recouverte d'un tissu sous lequel se positionnent les mains menottées de l'étranger (au-devant du corps). Un autre lien passe au-dessus des coudes de la personne et tous les liens sont reliés entre eux. Le dispositif est modulable en fonction des nécessités de la mission.*
289. *CESEDA, article L.513-2.*
290. *CAA Douai, 6 nov. 2014, n° 14DA00096 ; CAA Bordeaux, 11 mai 2015, n° 14BX03064.*
291. *« Les expulsés afghans n'avaient pas de laissez-passer des autorités afghanes », M. VIGNAUD, Lepoint.fr, 16 déc. 2009.*
292. *« Expulsions : comment la France contourne le droit international », E. MANAC'H, Politis.fr, 18 oct. 2013.*

<sup>293</sup>. *Question de Mme H. FLAUTRE adressée à la Commission le 31 jan. 2014 et réponse en date du 31 mars 2014 (E-000998/2014, JO C 300 du 05/09/2014).*

## II.

# DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTRANGERS PRÉSENTS SUR LE TERRITOIRE : UNE ÉGALITÉ DE TRAITEMENT AVEC LES NATIONAUX SOUMISE À RUDE ÉPREUVE

Sortis du domaine régalien de l'entrée et du séjour des étrangers, les étrangers bénéficient en principe, en matière d'accès aux droits, d'une égalité de traitement avec les nationaux, la nationalité devenant un critère prohibé de discrimination (d'autres critères, tels que la situation au regard du séjour, peuvent néanmoins être admis). Pourtant, les objectifs de maîtrise de l'immigration et de lutte contre l'immigration clandestine, tout comme la banalisation du discours politique autour du « problème de l'immigration », conduisent à ce que cette égalité de traitement soit mise à mal, tant par les pratiques ouvertement illégales que par l'inventivité de textes de lois qui, par l'établissement d'autres critères que celui – prohibé – de la nationalité, reviennent néanmoins, de fait, à entraver l'accès aux droits fondamentaux des étrangers. Le domaine de la protection sociale est particulièrement affecté par ce mouvement qui n'épargne désormais plus les champs auparavant plus préservés telle la protection des mineurs ou de la santé.

## I. LES DROITS CIVILS ET POLITIQUES

### A. LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR

Si la liberté d'aller et venir – liberté fondamentale protégée tant par la Constitution<sup>294</sup> que par les conventions internationales<sup>295</sup> – souffre d'un certain nombre de tempéraments s'agissant des nationaux, son exercice fait *a fortiori* l'objet d'importantes restrictions concernant les étrangers, pour lesquels elle n'est d'ailleurs nullement garantie par la loi. L'article L.321-2 du CESEDA se contente en effet de préciser que les conditions de circulation en France des ressortissants des pays tiers à l'Union européenne sont déterminées par décret. Ainsi, l'article R.321-1 du CESEDA pose le principe selon lequel « *les étrangers séjournant régulièrement en France y circulent librement* ».

Si la liberté d'aller et venir des étrangers sur le territoire se trouve ainsi, de fait, contrainte par le droit de l'immigration, elle ne saurait toutefois être totalement occultée par ce droit. En dehors de pratiques condamnables visant à restreindre illégalement la liberté d'aller et

venir des étrangers (1), les mesures visant à identifier ou contrôler les personnes étrangères, qu'il s'agisse de mesures de droit commun ou de mesures spécialement prévues par les textes pour contrôler la régularité de séjour, ne sauraient être mises en œuvre en dehors des cadres légaux prévus à cet effet et visant à protéger la liberté individuelle, ni ne sauraient être détournés de leur finalité première (2).

### **1. Pratiques illégales visant à éloigner des personnes de leur lieu de vie**

Le Défenseur des droits a pointé ce type de pratiques à l'égard des migrants de Calais, dans sa décision n° [MDS-2011-113](#) et son rapport d'octobre 2015. Mais c'est surtout à l'égard des ressortissants roumains et bulgares, supposés Roms, que son attention a été appelée. Ainsi, dans deux décisions, il a critiqué les restrictions illégales à la liberté d'aller et venir imposées à de nombreuses personnes à la suite de la destruction du bidonville dans lequel elles vivaient.

La première affaire concernait près de 200 personnes hébergées dans un gymnase après l'incendie de leur campement. Dans la décision n° [MDS-2013-229](#), il a pu être établi au regard des investigations et auditions réalisées qu'une consigne avait été diffusée de ne laisser sortir personne du gymnase, à l'exception de quelques cas exceptionnels et de ceux qui voulaient définitivement quitter ce lieu. D'autres consignes visaient à ne pas laisser entrer dans cette structure les personnes qui n'y avaient pas été précédemment hébergées.

Ces « directives » se sont appliquées le jour de la mise en œuvre du départ des intéressés vers la Roumanie, après la venue de l'OFII visant à organiser les départs volontaires. Pour exécuter ces mesures d'éloignement, des bus ont été spécialement affrétés pour accompagner les intéressés au consulat puis à l'aéroport, une importante présence policière a été mobilisée à l'intérieur du gymnase, dans le couloir menant à sa sortie, et aux alentours. Enfin, d'autres consignes ont visé, d'une part, à acheminer des personnes du gymnase jusqu'à la porte des bus et, d'autre part, à les dissuader d'en ressortir.

Si aucune des personnes concernées n'a été physiquement contrainte de quitter le gymnase et de rejoindre l'aéroport en bus, la situation coercitive dans laquelle elles ont été placées a néanmoins affecté leur faculté à choisir librement de quitter la France. De plus, si la plupart des intéressés a vu sa situation examinée au regard de la procédure de retour volontaire, 64 d'entre eux ont été privés d'un tel examen en raison de la précipitation des autorités publiques à évacuer le gymnase. Pour ceux-ci, le retour en Roumanie ne s'est pas effectué dans le respect des procédures administratives existantes.



Les restrictions ainsi imposées répondaient à une volonté de faciliter l'examen des dossiers des ressortissants roumains et l'organisation de leur départ – de France mais surtout du gymnase où un autre campement pouvait se reconstituer – mais ne reposaient sur aucun fondement juridique. Le Défenseur des droits a alors recommandé au ministre de l'Intérieur de rappeler aux autorités préfectorales ainsi qu'aux responsables des forces de l'ordre le droit applicable en matière de restrictions à la liberté d'aller et venir, même temporaires (voir sur ce point l'avis n° 2008-125 rendu par le passé, par la CNDS, sur l'évacuation d'un bidonville à Massy). Il a également préconisé de rappeler au sous-préfet la stricte nécessité de respecter, en toute situation, les procédures établies par la loi en vue du retour des ressortissants de l'Union européenne vers leur pays d'origine. Le ministre n'a pas donné de suite favorable à cette demande, considérant que « *la régulation des sorties du gymnase* » ne constituait pas une atteinte injustifiée à la liberté d'aller et venir et que l'encadrement policier sur le trajet vers les bus visait à aider et protéger les occupants.

La seconde affaire concernait plusieurs dizaines de personnes se trouvant dans une situation de grand dénuement après l'évacuation de leur campement par les forces de l'ordre. Les occupants, considérant que les autorités préfectorales avaient proposé des solutions d'hébergement inadaptées à leur situation (quelques nuitées d'hôtel très loin de ce campement impliquant que les familles se séparent), ont été pris en charge par les associations locales qui ont affrété un autobus pour les amener vers des hébergements en hôtel. Or, il ressort de l'instruction et des auditions menées dans ce dossier que ce bus a été suivi et encadré par des policiers pour l'empêcher de s'arrêter sur le territoire de la commune où était implanté le campement. La Direction départementale de la sécurité l'a dirigé vers différents lieux autres que la commune dans laquelle les personnes souhaitaient se rendre en vue d'y rechercher un hébergement, de sorte à empêcher les intéressés de se réinstaller sur le territoire de la commune où se trouvait leur précédent campement.

Dans une décision n° [MDS-2015-288](#), le Défenseur des droits a constaté et regretté que l'escorte policière ait constitué davantage un obstacle à la recherche organisée et efficace de solutions d'hébergement qu'un véritable accompagnement de ces familles et des bénévoles. Il a considéré en outre que l'arrêt de l'autocar et l'escorte constituaient des restrictions à la liberté d'aller et venir des familles roms sans fondement légal.

En dehors de ces dossiers ayant donné lieu à des décisions, le Défenseur a plus récemment été saisi des termes d'une note interne diffusée dans un commissariat parisien, demandant aux agents de

localiser les familles « roms » dans la rue et de les évincer systématiquement. Là encore, la crainte de voir apparaître un point de fixation - la création d'un lieu de vie illégal - induit des comportements d'interdictions et de restrictions, prévalant sur la logique de protection des personnes vulnérables. Ce dossier est actuellement en cours d'investigation.

Le Défenseur rappelle que la liberté d'aller et venir, de valeur constitutionnelle, ne peut être limitée que pour opérer une conciliation entre plusieurs droits fondamentaux, et seulement lorsque cette atteinte est nécessaire au regard de l'objectif constitutionnel poursuivi. Or, dans les affaires qu'il a traitées, le maintien de l'ordre public, objectif à valeur constitutionnel<sup>296</sup>, ne pouvait justifier l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir des ressortissants roumains et bulgares, en l'absence de démonstration d'un trouble à l'ordre, la sécurité, la salubrité, la tranquillité et la moralité publiques lié à la présence de ces personnes sur la voie publique.

Il estime en outre que ces interdictions, tout comme les dispositifs policiers mis en place pour y parvenir, sont particulièrement inopportuns au regard de la situation de vulnérabilité de ces personnes dont la Cour EDH a estimé que, « *du fait de leur histoire, les Roms constituent un type particulier de minorité défavorisée et vulnérable (...). Ils ont dès lors besoin d'une protection spéciale.* »<sup>297</sup>

**Le Défenseur des droits réitère ses recommandations au ministre de l'Intérieur tendant à rappeler aux préfets ainsi qu'aux responsables des forces de l'ordre que les populations d'origine rom ne sauraient faire l'objet de restrictions à leur liberté d'aller et venir, quand bien même ces restrictions seraient temporaires et liées à l'attente d'une solution, de relogement ou de mise en œuvre du retour humanitaire par exemple, faisant suite à la destruction d'un bidonville ou à une procédure d'expulsion.**

## **2. Contrôle de l'identité et du séjour, un ciblage des étrangers**

Le dispositif légal relatif aux contrôles et vérifications d'identité établit une différence de traitement fondée sur la nationalité, les règles applicables différant selon que l'on est français ou étranger. Si l'étranéité fonde un régime spécifique de contrôle et de vérification de l'identité et du séjour (b), ce sont souvent les règles de droit commun du contrôle de l'identité qui servent en réalité à cibler les étrangers ou les individus présumés comme tels (a).

### a. Des procédures de droit commun utilisées pour appréhender les étrangers

Le contrôle d'identité est la demande faite à une personne par un agent de la force publique, fonctionnaire de police ou militaire de la gendarmerie, de justifier de son identité par tout moyen. Il résulte de la combinaison des articles 78-1 et 2 du code de procédure pénale (CPP), que le contrôle d'identité est en réalité une injonction adressée par les forces de l'ordre à un citoyen qui est contraint de rester sur place pour révéler son identité. La personne interpellée est donc tenue à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie, le plus souvent sur les lieux de l'opération, le temps nécessaire à la démonstration de son identité et à la consultation de fichiers de police<sup>298</sup>. Le pouvoir de contrôle de l'identité est dévolu, sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire, à tous les policiers et gendarmes, quel que soit leur grade, en leur qualité d'agents de police judiciaire (article 20 du CPP).

Les conditions autorisant un agent de la force publique à effectuer un contrôle d'identité sont précisées à l'article 78-2 du CPP. Parmi les hypothèses légales de droit commun posées à cet article, trois sont particulièrement susceptibles de permettre le contrôle des individus en raison de leur nationalité étrangère. Or, c'est justement l'utilisation de procédures de droit commun pour ne viser en réalité que les étrangers – ou les individus supposés l'être – qui en font des contrôles discriminatoires, « au faciès ».

#### i. *Contrôles fondés sur la commission ou la tentative de commission d'une infraction (article 78-2 al. 1<sup>er</sup> du CPP)*

Toute personne à l'égard de laquelle existent une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction peut être contrôlée. Dans ce cadre, des étrangers peuvent bien évidemment être contrôlés s'ils ont commis une infraction ou tenté de le faire. Mais certaines pratiques attestent que ce fondement légal est dévoyé pour effectuer un contrôle de la régularité du séjour des étrangers.

A titre d'illustration, dans sa décision n° [MDS-2011-113](#), concernant la situation des migrants à Calais, le Défenseur des droits a constaté l'existence de contrôles d'identité, hors des zones telles que le port, les gares ou celles visées par des réquisitions du procureur de la République [autres fondements légaux aux contrôles, voir *infra* PII-I-A-2-b)], qui visaient spécifiquement les migrants. Ces contrôles étaient, d'après les forces de l'ordre, motivés par la commission d'une infrac-

tion, bien souvent contraventionnelle, telle qu'un crachat ou le jet d'un détritrus sur la voie publique, ou encore le franchissement d'une route en dehors des passages piétons.

En relevant de telles infractions, dans des lieux où il est notoire que vivent des étrangers en situation irrégulière – ici le bidonville de Calais –, ces contrôles révèlent un détournement de procédure susceptible de produire un effet discriminatoire, en ce qu'ils ne visent que les migrants poursuivis pour des infractions qui ne sont jamais relevées à l'égard de non migrants. Le Défenseur, relevant que l'infraction ayant originellement fondé le contrôle n'était jamais mentionnée en procédure ou verbalisée, en avait conclu que l'allégation de commission de cette infraction visait en réalité à permettre la révélation d'une infraction aux règles de l'entrée et du séjour sur le territoire français. Il avait recommandé que les contrôles ne s'opèrent plus pour des motifs de ce type.

Selon certaines associations, ces contrôles se poursuivent actuellement sur Calais. En l'absence de traçabilité des contrôles et au vu de l'actuelle mobilité des migrants sur le territoire français, il est difficile d'enquêter sur ce type de grief.

## ii. *Contrôles fondés sur les réquisitions du Procureur (article 78-2 al. 3 du CPP)*

Aux termes de cette disposition, le Procureur de la République peut, sur réquisitions écrites, autoriser les contrôles d'identité dans un lieu déterminé et pour une durée préalablement fixée. Ces réquisitions mentionnent les infractions que ces opérations ont pour objectif de rechercher aux fins de recherche et de poursuites d'infractions. Dès 1993 et la création de ce motif de contrôle, la circulaire d'application de la loi<sup>299</sup> mentionnait comme infraction susceptible de donner lieu à de telles réquisitions, outre le proxénétisme et les infractions à la législation sur les stupéfiants, celles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. Le recours à des réquisitions pour interpellier des étrangers en situation irrégulière n'a toutefois débuté que dans le milieu des années 2000. Dans ce sens, une circulaire de 2006 du ministre de l'Intérieur et du garde des Sceaux<sup>300</sup> a invité les parquets à « *organiser des opérations de contrôles ciblées, par exemple à proximité des logements foyers et des centres d'hébergement ou dans des quartiers connus pour abriter des personnes en situation irrégulière* ».

Les critères utilisés par les forces de l'ordre pour choisir les personnes contrôlées dans ce cadre soulèvent des questions importantes au regard du principe de non-discrimination. Il ressort à cet égard des auditions menées par le Défenseur des droits que les agents compétents pour opérer de tels contrôles se fondent en grande partie sur

des critères subjectifs tels que leur ressenti ou leur « instinct » dans la mesure où, à la différence du 78-2-1°, la sélection de la personne contrôlée s'opère sans lien avec son comportement. Il revient alors aux agents d'apprécier librement, selon des critères propres à chacun, quelles sont les personnes qui feront l'objet d'un contrôle. Si les risques potentiels de discrimination ont conduit les pouvoirs publics à préciser qu'il convenait de « *veiller à prévenir toute mesure qui pourrait être perçue par le public comme étant discriminatoire et d'adopter un mode de sélection adapté aux infractions recherchées* »<sup>301</sup>, cette « limitation » semble bien théorique lorsque les infractions recherchées sont celles de la législation sur les étrangers.

En 2010, la CNDS, dont le Défenseur des droits a repris les missions, relevait que le fait qu'on ne puisse vérifier la manière dont sont sélectionnées les personnes, en particulier dans les cas d'opérations menées sur réquisitions du Procureur de la République, était problématique<sup>302</sup>. Ces préoccupations ont été réactualisées par le Défenseur dans son rapport d'octobre 2012 relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité.

Ces lacunes ont enfin fait l'objet d'observations devant la Cour d'appel de Paris dans le contentieux dit des « contrôles au faciès » dont huit des treize demandeurs s'étaient d'ailleurs fait contrôler dans le cadre de réquisitions du Procureur (décision du Défenseur n° [MSP-MDS-MLD-2015-021](#)).

Dans ses arrêts du 24 juin 2015, la Cour d'appel, suivant les observations du Défenseur, a considéré que les contrôles d'identité opérés sur des motifs discriminatoires – en particulier la race ou l'origine – constituait une atteinte au principe d'égalité de traitement qui est garanti à tous et toutes et une violation flagrante des droits fondamentaux, constitutif d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice.

A cet égard, il est significatif que le représentant de l'Etat dans cette affaire pendante devant la Cour de cassation, justifie ainsi les contrôles jugés discriminatoires. Dans ses observations à l'appui du pourvoi publiée dans la presse<sup>303</sup>, l'agent judiciaire de l'Etat écrit en effet que « *la circonstance que, à ce moment de leur mission et de la journée, les officiers de la police n'auraient contrôlé que des personnes **d'apparence étrangère** ne peut pourtant démontrer que le contrôle n'aurait pas été réalisé dans les conditions respectueuses des libertés individuelles et du principe d'égalité. En effet, les policiers étaient chargés d'enquêter notamment sur la législation sur les étrangers. Et d'autres personnes, **d'origine ou de couleur de peau différente**, ont pu être l'objet de contrôles d'identité en exécution de la réquisition judiciaire* ».

Ainsi, les craintes concernant les critères de sélection d'un tel contrôle n'étaient pas infondées. Cibler les étrangers pour effectuer des contrôles d'identité dans le but de rechercher des infractions à la législation sur le séjour aboutit à des contrôles discriminatoires puisque visant toute personne qui en raison de son origine ou de sa couleur de peau va être assimilée à un étranger potentiel.

Pourtant, les critères autorisés par le droit pour déterminer de manière objective qui paraît être étranger sont restrictifs. En l'absence d'encadrement légal, la circulaire du 21 octobre 1993 précitée rappelle que la qualité d'étranger ne peut être tirée d'une appréciation de l'apparence physique et, plus généralement, de tout autre critère discriminatoire. Par exemple, le fait de s'exprimer en une langue étrangère n'est pas un critère objectif et « extérieur » à la personne. Sont en revanche non discriminatoires et de nature à faire apparaître la qualité d'étranger, la conduite d'un véhicule immatriculé à l'étranger, le port d'un livre ou d'un écrit en langue étrangère, la participation à une manifestation dont les banderoles montrent qu'elle regroupe des étrangers, le fait d'avoir, dans le passé, déjà été contrôlé pour séjour irrégulier. Or, dans les faits, les agents de police ou de gendarmerie sont amenés à étendre ces critères à d'autres plus subjectifs, comme en atteste les écrits de l'agent judiciaire de l'Etat.

**Le Défenseur des droits demande que soient publiées des données relatives à l'utilisation des contrôles effectués sur réquisitions du Procureur (nombre, infractions recherchées, poursuites engagées).**

**Il réitère par ailleurs ses recommandations en matière d'encadrement des contrôles de police, lesquelles ont trouvé une confirmation par la Cour d'appel de Paris, tendant à :**

- l'obligation de rédaction de procès-verbal, d'enregistrement ou de récépissé, de nature à ce qu'une traçabilité des contrôles d'identité existe, élément fondamental à l'effectivité d'un contrôle juridictionnel effectif ;
- la mise en place d'un aménagement de la charge de la preuve dans le cadre de la contestation d'un contrôle d'identité susceptible d'être discriminatoire.

**Par ailleurs, le Défenseur des droits, constatant le caractère potentiellement discriminatoire que peuvent revêtir les contrôles réalisés sur le fondement de l'article 78-2 alinéa 3 du code de procédure pénale, préconise qu'une réflexion soit engagée afin que, dans ce cadre, la recherche des infractions à l'entrée et au séjour des étrangers ne puisse plus être requise par le Procureur mais exclusivement réalisée par la procédure *ad hoc* du contrôle et de la vérification du séjour prévues à l'article L.611-1 du CESEDA.**

## **b. Des procédures dédiées principalement ou exclusivement aux étrangers**

### **i. Les contrôles transfrontaliers (article 78-2 al. 4 du CPP)**

En prévision de l'entrée en vigueur de la Convention Schengen en 1995, le législateur français a décidé de compenser la suppression des contrôles statiques aux frontières internes de l'espace Schengen par des contrôles en profondeur, de caractère aléatoire, effectués par la police aux frontières dans le but de lutter efficacement contre l'immigration irrégulière et la délinquance transfrontalière. La zone frontalière est une bande de 20km à la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention Schengen. Les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international en font également partie. A titre d'exemple, toutes les gares parisiennes sont désignées par l'arrêté, ainsi que les aéroports de Roissy et d'Orly en font partie.

En 2010, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que ces contrôles, en raison de leur caractère permanent, étaient contraires au droit de l'Union car équivalaient à des vérifications aux frontières. Si la loi du 14 mars 2011 a limité dans le temps ces contrôles – les opérations ne peuvent durer plus de 6h consécutives – et précisé qu'ils ne pouvaient pas être systématiques, peu d'éléments permettent au juge de vérifier que ces conditions sont bien respectées. Il en résulte que la législation en vigueur semble toujours pouvoir être considérée comme contraire au droit de l'Union européenne.

Par ailleurs, à partir du moment où l'interpellation s'effectue dans la zone frontalière, le contrôle est dispensé de toute justification et les agents de police n'ont pas à respecter la jurisprudence relative aux signes extérieurs et objectifs d'extranéité<sup>304</sup> [voir *supra*, PII-A-2-a-ii]. Or, les contrôles censés respecter cette exigence d'objectivité dans la détermination de celui qui est possiblement étranger sont déjà, on l'a vu, facilement discriminatoires. Il en va donc ainsi *a fortiori* d'un contrôle qui, pour être légal, nécessite uniquement d'être réalisé dans des lieux précis certes, mais très nombreux.

S'agissant des contrôles frontaliers, le Défenseur constate, outre ces problèmes généraux, des irrégularités liées à l'irrespect des zones dans lesquelles ces contrôles sont autorisés. Ainsi, il a constaté, dans une décision n° [MDS-2013-235](#), qu'un contrôle d'identité avait été réalisé à Mayotte, sur ce fondement, en dehors de cette zone (d'un kilomètre à cet endroit du territoire français), contrairement d'ailleurs aux mentions contenues dans le procès-verbal d'interpellation.

A cet égard, l'application de l'article 78-2 alinéa 4 du CPP à Mayotte, comme en Guyane et en Martinique, alors même que la Conven-

tion Schengen ne s'y applique pas, interroge. En effet, la légitimité des contrôles frontaliers ne s'explique que par le fait qu'ils sont un pendant, une compensation, à la liberté de circulation à l'intérieur de l'espace Schengen. En l'absence d'une telle liberté de circulation dans ces territoires, ces contrôles ne paraissent pas justifiés.

## ii. *Le contrôle et la vérification de la régularité du séjour (article L.611-1 du CESEDA)*

L'article L.611-1 du CESEDA autorise la police, en dehors de tout contrôle d'identité, à procéder à un contrôle de la régularité du séjour, les personnes de nationalité étrangère devant, selon la loi, être en mesure de présenter aux agents et officiers de police judiciaire les pièces et documents sous couvert desquels elles sont autorisées à séjourner en France.

À l'instar de ce qui s'est passé s'agissant des contrôles frontaliers, l'article L. 611-1 du CESEDA a été jugé contraire au droit de l'Union européenne<sup>305</sup> par la Cour de cassation au sens où il conférait aux policiers la possibilité d'exiger la présentation des documents autorisant un étranger à résider en France, sur l'ensemble du territoire national, en dehors de tout contrôle d'identité et indépendamment d'un comportement particulier susceptible de porter atteinte à l'ordre public. Pour la Cour, un tel contrôle revenait à rétablir de manière pérenne les contrôles aux frontières.

Le pouvoir réglementaire<sup>306</sup> a tiré rapidement les conséquences juridiques d'une telle décision en indiquant qu'un contrôle du titre de séjour ne pouvait plus être effectué directement mais seulement à la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles du CPP. Le législateur a quant à lui préféré pérenniser ce dispositif en prenant en compte des réserves de la Cour de cassation et du droit de l'Union européenne : pour procéder directement à une vérification de régularité du séjour, les agents de police sont tenus, d'une part, de se prévaloir « *d'éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé* » et, d'autre part, de limiter ces contrôles à une durée n'excédant pas 6 heures consécutives tout en n'effectuant pas de contrôle systématique des personnes circulant dans ce lieu.

En dehors des critères d'extranéité sur lesquels ce contrôle doit se fonder et dont on a pu mesurer les lacunes quant à leur objectivité, il apparaît, au vu d'une jurisprudence récente, que le contrôle du séjour sur le fondement de l'article L.611-1 du CESEDA peut s'opérer à la suite d'informations fournies par des tiers, par exemple les déclarations du personnel d'un ferry sur la présence à bord d'un ressortissant étranger qui s'est déclaré sans passeport ni document de séjour<sup>307</sup>. Cet



encouragement à la dénonciation d'une situation administrative, non constitutive d'un crime ou d'un délit, est symptomatique des entraves jugées légitimes à la liberté de circulation des étrangers.

### iii. *La retenue pour vérification de droit au séjour* (article L.611-1-1 du CESEDA)

Créée par une loi du 31 décembre 2012, cette retenue est une mesure privative de liberté d'une durée maximale de 16 heures, destinée à vérifier le droit au séjour d'une personne et, le cas échéant, l'instruction et la notification des décisions relevant de la compétence de l'autorité administrative, c'est-à-dire les mesures d'éloignement.

Si l'étranger interpellé<sup>308</sup> n'est pas en mesure de justifier la régularité de son séjour, il est retenu dans un local par un officier de police judiciaire, lequel met l'intéressé en mesure de prouver par tout moyen son droit au séjour et procède, le cas échéant, aux opérations de vérification nécessaires. Ce dispositif est venu remplacer la garde à vue, devenue inapplicable à la suite d'une décision de la CJUE du 6 décembre 2011<sup>309</sup> selon laquelle la directive 2008 dite « retour » s'oppose à ce qu'un Etat puisse réprimer le seul séjour irrégulier d'un étranger par une peine d'emprisonnement. La Cour de cassation, le 5 juillet 2012<sup>310</sup>, avait par la suite tiré les conséquences de l'interdiction d'un tel délit pour affirmer qu'il n'était plus possible de placer en garde à vue des étrangers sur ce seul motif.

Si la procédure ainsi créée n'est plus pénale et ce, pour se conformer aux exigences du droit de l'Union européenne, elle laisse toutefois planer une incertitude quant à sa nature. D'un côté, elle semble conserver un caractère judiciaire, notamment du fait des garanties qu'elle offre (avocat, interprète, médecin...), de l'autre, elle semble purement administrative – telle une « pré-rétention administrative » – sans que le recours à un juge ne soit prévu dans un bref délai. Se pose dès lors la question de sa conformité aux normes supérieures.

Dans l'arrêt précité, la Cour de Justice a admis que la directive « retour » ne s'opposait pas à « un placement en détention » durant la phase préalable « d'arrestation initiale » car les Etats ont besoin « d'un délai certes bref mais raisonnable afin d'identifier l'étranger et de déterminer son irrégularité ». Il reste alors à apprécier si, dans ce cadre, une durée maximale de 16 heures est un délai « bref mais raisonnable ».

Conformément à l'article 5§1 (f) de la Convention EDH, « nul ne peut être privé de sa liberté sauf si, notamment, il s'agit de (...) la détention régulière d'une personne (...) contre laquelle une procédure d'expulsion (...) est en cours ». Aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne appliquant ce texte<sup>311</sup>, la mesure de détention, pour ne pas être arbitraire, doit se faire de bonne foi et avoir pour finalité l'exé-

cution de « l'expulsion ». Or, la finalité de la retenue n'est pas l'exécution d'une expulsion mais la vérification du droit au séjour et, le cas échéant, l'édition d'une telle mesure d'expulsion. C'est l'assignation à résidence ou la rétention en CRA qui seront, elles, destinées à exécuter l'expulsion. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les arrêts précités de la Cour EDH interprétant l'article 5§1 (f) concernent exclusivement des étrangers ayant d'ores et déjà fait l'objet d'une telle décision<sup>312</sup>. En d'autres termes, si au regard du droit européen il suffit que la détention ait pour finalité l'exécution d'une expulsion, encore faut-il justifier que la procédure d'expulsion est *en cours* et non simplement *projetée*<sup>313</sup>. Par ailleurs, au regard du paragraphe 2 de ce même article 5, toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à brève échéance sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. Dans le dispositif de la retenue, un tel recours au juge n'est pas prévu et est donc de nature à contrevenir aux dispositions conventionnelles.

Dans un avis n° [12-03](#) du 15 novembre 2012, sur le projet de loi relatif à la retenue, le Défenseur a fait part de ses réserves au Parlement à voir se créer une garde à vue « bis », dérogoatoire au droit commun alors qu'existe déjà une procédure de vérification d'identité applicable à toute personne (article 78-3 CPP) qui ne peut excéder 4 heures.

S'il peut être objecté que la recherche d'une identité est plus rapide à effectuer qu'une recherche de la régularité du séjour, il n'en demeure pas moins que la retenue crée un régime privatif de liberté spécifiquement dédiée aux étrangers, dont la durée maximale de 16 heures, indépendamment de toute suspicion de délit ou de décision administrative d'éloignement, peut paraître disproportionnée. La durée pendant laquelle ce dispositif d'enfermement *ad hoc* peut avoir lieu paraît d'autant plus excessive qu'elle semble répondre avant tout aux intérêts des services de l'Etat au détriment de la défense des droits des intéressés. Cette procédure apparaît alors comme une solution visant à pallier le manque de moyens d'une coordination plus rapide de l'action des services de police et de préfecture, permettant de retenir des individus jusqu'à une nuit, puis quatre heures pour vérifier leur droit au séjour, indépendamment de la commission de tout délit<sup>314</sup>.

**S'agissant des contrôles frontaliers, le Défenseur des droits recommande au ministre de l'Intérieur que soit mise en œuvre :**

- l'obligation de traçabilité et d'aménagement de la charge de la preuve préconisés pour les autres types de contrôles prévus par le code de procédure pénale (voir *supra*), la traçabili-

**té de ces deux types de contrôles nécessaire à la vérification de la limitation des 6 heures et donc leur conformité au droit de l'Union européenne ;**

- la suppression des contrôles frontaliers à Mayotte, en Guyane et en Martinique, territoires hors de l'espace Schengen.**

**S'agissant de la retenue pour vérification de la régularité du séjour (article L.611-1-1 du CESEDA) :**

**Compte tenu des incertitudes juridiques sur la conformité de ce dispositif aux normes européennes, le Défenseur des droits réitère ses recommandations à l'égard du ministre de l'Intérieur tendant à ce que soit imaginée une solution moins attentatoire à la liberté individuelle, comme celle d'une permanence de nuit à la préfecture afin que les services de police puissent vérifier la régularité de séjour des intéressés dans un temps plus bref, à l'instar de la procédure de vérification d'identité d'une durée de quatre heures.**

## LA PÉNALISATION CROISSANTE DES ÉTRANGERS VIA LE DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT PÉNAL D'EXCEPTION ET SON PENDANT, LE DÉLIT DE SOLIDARITÉ

Le contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers fait l'objet d'une emprise croissante du droit pénal, tendant à l'émergence d'un véritable « *droit pénal de l'immigration* »<sup>315</sup>. Dans plusieurs prises de position récentes, le Défenseur des droits a constaté avec inquiétude l'inflation de textes tendant à pénaliser spécialement l'étranger, phénomène concomitant à une résurgence de la sanction du délit dit « de solidarité ».

### ***Une inflation de textes visant à sanctionner spécifiquement les étrangers***

Au sein de la partie « Contrôles et sanctions » du CESEDA, sont passibles de sanctions pénales, l'entrée irrégulière sur le territoire, la méconnaissance de mesures d'éloignement, la reconnaissance d'un enfant ou le mariage contracté aux seules fins d'obtenir un titre de séjour<sup>316</sup>. Dans son avis n° [15-20](#) adressé à la Commission des lois du Sénat, le Défenseur s'était prononcé sur deux amendements présentés à l'occasion des débats sur le projet de loi relatif aux droits des étrangers adopté le 7 mars 2016, et particulièrement révélateurs du phénomène décrit.

Le premier amendement, adopté par le Parlement, a conduit à la modification de l'article 441-8 du code pénal, lequel prévoit désormais que : « *Le fait d'utiliser un document d'identité ou de voyage appartenant à un tiers, avec ou sans son consentement, aux fins d'entrer ou de se maintenir sur le territoire de l'espace Schengen ou d'obtenir indûment un titre, une qualité, un statut ou un avantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* »<sup>317</sup>. La peine prévue pour cette nouvelle infraction visant spécifiquement les étrangers apparaît particulièrement disproportionnée, en comparaison par exemple des peines prévues à l'article 226-4-1 du code pénal sanctionnant l'usurpation de l'identité d'un tiers aux fins de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende).

Un second amendement, présenté par le gouvernement, visait à renforcer les sanctions pénales en cas d'intrusion dans les zones portuaires interdites au public. Finalement retiré avant la séance, cet amendement a trouvé, plus récemment, un autre véhicule législatif en la proposition de loi sur l'économie bleue adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale et au Sénat. Le renforcement des sanctions prévues par l'article L.5336-10 du code des transports offre désormais la possibilité de prononcer, outre une l'amende de 3 750 euros déjà prévue, une peine de 6 mois d'emprisonnement. Dans un courrier au rapporteur de la proposition de loi au Sénat, le Défenseur avait pourtant fait part de ses plus vives réserves quant à ces nouvelles dispositions dont il était difficile de ne pas analyser qu'elles visaient à incriminer spécifiquement les intrusions des migrants vivant à Calais et tentant de rejoindre la Grande-Bretagne.

Plus généralement, le Défenseur s'inquiète d'une tendance qui s'affirme en France comme ailleurs en Europe, consistant à envisager l'entrée et le séjour des étrangers sous l'angle du droit pénal. Il y voit une assimilation regrettable et particulièrement inopportune de la figure du migrant à celle du délinquant, contribuant à la fragilisation de personnes dont la vulnérabilité et le besoin de protection sont pourtant prégnants.

#### **En conséquence, le Défenseur des droits :**

- **entend rappeler les obligations qui incombent à la France en vertu de l'article 31 de la Convention de 1951 de l'ONU sur les réfugiés, selon lesquelles les États « *n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation* » ;**

- **réitère ses recommandations tendant à l'abrogation du délit prévu à l'article 441-8 du code pénal, ainsi qu'au retour à l'ancienne rédaction L.5336-10 du code des transports, lequel prévoyait que l'intrusion ou tentative d'intrusion dans une zone portuaire d'accès restreint était seulement passible d'une amende et non d'une peine d'emprisonnement.**

### ***Vers un retour de la sanction de la solidarité ?***

Le droit pénal de l'immigration ne se limite plus à sanctionner l'étranger en situation irrégulière mais tend aussi à punir les personnes qui, par leurs actions ou inactions, contribueraient à favoriser le développement d'une immigration illégale. Ainsi, la méconnaissance des obligations incombant aux entreprises de transport est passible de lourdes amendes tandis que l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers peut être punie d'une peine d'emprisonnement<sup>318</sup>.

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

La loi du 3 décembre 2012 sur la retenue des étrangers avait été présentée comme poursuivant l'ambition de mettre un coup d'arrêt à cette pénalisation des actes de solidarité. Toutefois, elle n'a pas supprimé ce délit mais a simplement créé une nouvelle immunité pénale à l'article L.622-4 3° du CESEDA pour les faits n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et accomplis dans le but d'assurer des conditions de vie décentes à l'étranger ou de préserver sa dignité ou son intégrité physique. A l'époque, le Défenseur avait, dans le cadre de son audition au Parlement, émis des réserves sur cette nouvelle définition susceptible d'interprétations divergentes. Il avait à cet égard préconisé de calquer l'incrimination française sur celle prévue par l'article 1-1 de la directive n° 2002/90/CE du 28 novembre 2002 aux termes duquel les Etats ne peuvent sanctionner que le fait d'aider « sciemment » un ressortissant d'un pays tiers, d'une part, à

pénétrer irrégulièrement sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État et, d'autre part, à l'aider « *dans un but lucratif* » à séjourner sur le territoire.

Au regard de plusieurs affaires ayant émaillé l'actualité récente, il s'avère que ces craintes n'étaient pas infondées : poursuite d'une personne ayant hébergé une famille de sans-papiers ; condamnation par le TGI de Grasse d'une bénévole de 72 ans pour avoir véhiculé deux ressortissants érythréens de la gare de Nice à Antibes ; condamnation par le tribunal correctionnel de Boulogne-sur-Mer à 1000 euros d'amende avec sursis d'un homme ayant caché dans sa voiture une fillette de 4 ans vivant dans le bidonville de Calais afin de la conduire auprès des membres de sa famille en Grande-Bretagne.

**Réaffirmant sa réticence de principe à l'égard de toute condamnation de l'aide désintéressée aux étrangers, le Défenseur entend alerter sur les potentielles atteintes aux droits fondamentaux, notamment au droit de ne pas subir de traitements inhumain ou dégradant et à l'intérêt supérieur de l'enfant, que peuvent *a fortiori* receler de telles condamnations lorsqu'elles visent des personnes venues en aide à des étrangers vivant dans des conditions notoirement indignes, tels que les habitants du bidonville de Calais, ou encore à des mineurs. A cet égard, il rappelle que condamner l'aide au séjour irrégulier d'un mineur n'a pas de sens dès lors que celui-ci n'est pas tenu par l'obligation de détenir un titre de séjour.**

En conséquence, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à ce que l'incrimination française du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers soit calquée sur celle prévue par la directive du 28 novembre 2002, laquelle ajoute une notion d'intentionnalité et exige expressément l'existence d'un « *but lucratif* ».

## B. L'ACCÈS À LA JUSTICE

Primordial en ce qu'il assure l'effectivité des autres droits fondamentaux, le droit d'accès à la justice recouvre plusieurs notions proches. Il s'entend d'abord comme le « droit au juge », c'est-à-dire « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »<sup>319</sup>. Il renvoie ensuite à la notion plus large de « droit au tribunal », lequel implique la mise en œuvre de garanties procédurales propres à conférer au procès un caractère équitable. Enfin, son effectivité suppose, plus généralement, que soit garantie l'effectivité du recours.

Ces différentes notions sont consacrées de façon plus ou moins autonome par le droit international, européen et interne. Ainsi, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) reconnaît le droit de toute personne « *à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ». Le Pacte International relatifs aux droits civils et politiques (PIDCP), consacre quant à lui le droit à un « *recours utile* » ainsi que le droit au juge<sup>320</sup>. La Convention EDH évoque, en son article 6, le droit à un procès équitable, qui implique le droit pour toute personne « *à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* » puis, en son article 13, le droit à un recours effectif. Ces notions sont toutes deux reprises à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDFUE), lequel garantit le « *droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* ».

En droit interne, le juge constitutionnel considère que le droit au recours effectif se déduit de la garantie des droits telle que proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>321</sup>. Ainsi, la haute juridiction administrative reconnaît le « *principe à valeur constitutionnelle du droit pour les personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »<sup>322</sup> tandis que le juge des référés du Conseil d'Etat considère que l'accès au juge est une liberté fondamentale susceptible d'être invoquée dans le cadre d'un référé-liberté<sup>323</sup>.

De même, les juges de Strasbourg interprètent les droits protégés par la Convention EDH à travers le prisme de l'« effet utile », estimant que l'objectif est de protéger des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs. C'est ainsi qu'ils considèrent que l'article 6 inclut le droit à être jugé dans un délai raisonnable<sup>324</sup>, ou encore le droit à l'exécution des décisions de justice<sup>325</sup>. L'effet utile suppose donc que le droit au recours effectif soit garanti en droit comme en pratique<sup>326</sup>. Il ne suffit donc pas que des voies de recours soient ouvertes, il faut également que le justiciable ait concrètement les moyens d'y accéder. Cela implique de prendre en compte la dimension sociale du droit d'accès à la justice par la mise en œuvre de système d'aide aux plus démunis. Le droit de ces derniers à bénéficier d'une aide juridictionnelle est d'ailleurs expressément prévu à l'article 47 de la CDFUE. Il est également protégé par la Cour EDH<sup>327</sup> ainsi que par le Conseil d'Etat qui a pu considérer que l'aide juridictionnelle avait « *pour objet de rendre effectif le principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours* »<sup>328</sup>.

Or, au travers des situations dont il est saisi, le Défenseur des droits constate que l'accès effectif des étrangers à la justice se trouve entravé par certains obstacles spécifiques survenant au niveau de l'accès au juge (1) mais aussi de l'effectivité des recours qu'ils engagent (2).

### **1. Accès au juge des plus démunis : des entraves résultant de difficultés à obtenir l'aide juridictionnelle**

La loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique garanti le droit d'accès à la justice. Elle prévoit que les personnes dont les ressources sont inférieures à un certain plafond révisé annuellement ont le droit de bénéficier d'une aide juridictionnelle (AJ) et de l'assistance gratuite d'un avocat pour faire valoir leurs droits en justice. Les demandes d'aides juridictionnelles sont instruites par des bureaux d'aide juridictionnelle (BAJ) établis au siège de chaque tribunal de grande instance. Les décisions rendues par les BAJ sont en principe susceptibles de recours.

Entre 2013 et 2015, le Défenseur a été saisi, par des avocats et des associations, de réclamations faisant état de difficultés récurrentes rencontrées par des ressortissants étrangers, en situation d'extrême précarité, pour accéder à l'AJ. Parmi les situations portées à sa connaissance figuraient des cas de refus d'AJ opposés à des ressortissants roumains ou bulgares au motif qu'ils ne produisaient pas de titre de séjour régulier. De tels refus sont illégaux, l'article 3 de la loi de 1991 prévoyant expressément que les ressortissants européens sont admis au bénéfice de l'AJ sans condition de régularité de séjour. Ils ont d'ailleurs été annulés par le juge<sup>329</sup>.

Toutefois, dans la grande majorité des cas, les difficultés rapportées au Défenseur étaient relatives à l'appréciation de la condition de ressources faite par les BAJ<sup>330</sup>.

Or, si l'article 42 du décret de 1991<sup>331</sup> autorise les BAJ à enjoindre au demandeur de fournir « *tout renseignement de nature à justifier qu'il satisfait aux conditions exigées pour bénéficier de l'aide juridictionnelle* », l'instruction menée par les services du Défenseur a révélé que les exigences formulées par certains bureaux étaient excessives au regard de la situation personnelle des demandeurs, voire contraires à la réglementation en vigueur. Parfois, des pièces justificatives supplémentaires sont exigées afin de vérifier le montant des ressources perçues sur plusieurs années alors que, selon le décret de 1991, la moyenne mensuelle des ressources à prendre en compte ne doit porter que sur la dernière année civile. D'autres fois, ce sont des attestations de prise en charge de l'hébergeant et de son niveau de ressources qui sont sollicitées, alors qu'une circulaire de 2003 enjoint aux BAJ de ne pas ajouter aux ressources du demandeur l'avantage



en nature que représente l'hébergement gratuit<sup>332</sup>. Peut enfin être exigée la délivrance d'un avis d'imposition, conformément à l'article 34 du décret précité. Or, certains demandeurs sont dans l'incapacité de produire copie d'un tel avis. Non imposables dans leurs pays d'origine et présents sur le territoire français depuis seulement quelques mois, ils ne disposent tout simplement pas des pièces requises. Les associations et avocats ayant saisi le Défenseur rapportent que les pratiques des BAJ ont évolué sur ce point puisque dans le passé, l'absence de production d'une telle pièce n'aboutissait pas à un refus d'AJ, une simple déclaration de ressources suffisaient alors. Il est pourtant frappant de constater que souvent, l'état d'impécuniosité des personnes concernées ressort des termes mêmes des décisions qu'elles souhaitent contester. C'est notamment le cas des contentieux de l'expulsion de terrains sur lesquels les demandeurs vivent dans des abris de fortune, ou encore des contentieux des OQTF motivées par leur absence de ressources ou de moyens d'existence suffisants.

Par ailleurs, le Défenseur a constaté que les refus d'AJ pouvaient prendre la forme de décisions constatant la caducité de la demande, possibilité offerte par l'article 42 du décret lorsque le demandeur n'a pas fourni dans les délais impartis les pièces complémentaires sollicitées. Or, ces décisions, contrairement aux rejets, ne sont pas susceptibles de recours. Aussi, les étrangers à qui l'on oppose de telles décisions, alors qu'ils se trouvaient en tout état de cause dans l'impossibilité de produire les pièces requises, sont non seulement privés d'une assistance juridique mais également, lorsqu'ils ne trouvent pas de solution alternative, contraints de renoncer à exercer un recours contre une décision leur faisant grief.

De telles pratiques portent une atteinte excessive au droit d'accès à un tribunal, protégé par les stipulations internationales précitées. En effet, si ce droit protégé par l'article 6 de la Convention EDH n'est pas absolu, la Cour européenne considère néanmoins que ses limitations ne doivent pas le vider de sa substance. Le système d'aide juridictionnelle doit ainsi offrir des garanties substantielles aux individus de nature à les préserver de mesures arbitraires ou disproportionnées<sup>333</sup>. Un excès de formalisme dans l'application des textes tel qu'il empêche l'accès au tribunal constitue donc une violation de l'article 6 de la Convention<sup>334</sup>.

S'inspirant de cette jurisprudence, quelques juridictions internes – saisies de refus d'AJ fondés sur l'absence de production par les intéressés de titre de séjour ou de justificatifs de ressources –, ont infirmé les décisions des BAJ en considérant qu'il ne pouvait être exigé de justiciables vivant dans des conditions d'extrême précarité, qu'ils produisent des justificatifs dont ils ne disposent pas<sup>335</sup>. Ces jurispru-

dences sont néanmoins rares. En outre, les pratiques des BAJ présentent de telles disparités dans le traitement des demandes que l'effectivité de l'accès au tribunal n'est pas garantie de façon uniforme sur l'ensemble du territoire<sup>336</sup>. Le droit applicable en devient peu accessible pour le justiciable, en violation du principe constitutionnel de sécurité juridique<sup>337</sup>.

Interrogé par le Défenseur des droits sur ces pratiques, le ministère de la Justice a indiqué qu'il avait pris en compte ses observations dans une dépêche du 19 février 2015, laquelle rappelle aux juridictions que la production des pièces ne pouvant raisonnablement pas être produites au vu de la situation déclarée ou manifeste du demandeur, ne saurait être exigée.

Le Défenseur prend acte avec satisfaction de cette dépêche même si quelques réserves doivent être émises. Outre l'absence de caractère contraignant de ce texte et la limitation de son champ d'application aux ressortissants roumains et bulgares, la dépêche ne prévoit pas de dérogations pour les cas, évoqués plus haut, dans lesquels les demandeurs seraient dans l'impossibilité de produire un avis d'imposition. Elle indique au contraire que cet avis peut toujours être sollicité.

**En conséquence, le Défenseur des droits recommande que le ministre de la Justice prenne des dispositions réglementaires pour :**

- rendre facultative la production de l'avis d'imposition ou de non-imposition prévue à l'article 34 du décret ou, à tout le moins, dispenser de la production d'une telle pièce les personnes récemment arrivées en France ou se trouvant dans une situation de dénuement telle qu'elles n'ont pu accomplir leurs obligations fiscales, en particulier lorsque l'état d'impécuniosité dans lequel elles se trouvent se déduit de la décision qu'elles entendent contester ;
- modifier l'article 42 du décret de 1991 de façon à rendre les décisions de caducité d'AJ susceptibles de recours dans les conditions fixées à l'article 23 de la loi du 10 juillet 1991.

Par ailleurs, le Défenseur préconise que le ministre de la Justice rédige une circulaire applicable à l'instruction de toutes les demandes d'AJ quelle que soit la nationalité des demandeurs et visant à :

- harmoniser les pratiques des BAJ dans le traitement des demandes d'AJ, notamment en rappelant le caractère exhaustif des listes de pièces justificatives fixées par le décret de 1991 et en fixant des lignes directrices pour l'appréciation des ressources ;

- engager les BAJ à examiner avec discernement les pièces produites, sans formuler de demandes excessives, en tenant compte notamment de la situation personnelle du demandeur et des cas où il lui est impossible de produire les pièces justifiant de ses moyens d'existence.

## 2. Droit à un recours effectif : une exclusion du droit commun préjudiciable aux étrangers présents outremer

En métropole, l'étranger faisant l'objet d'une OQTF ne peut être éloigné avant l'expiration du délai de départ volontaire qui lui a été accordé ou, dans le cas où un tel délai lui aurait été refusé, avant l'expiration d'un délai de 48 heures à compter de la notification de la mesure d'éloignement. En outre, si l'étranger a saisi le tribunal administratif d'un recours contre cette mesure, il ne peut être éloigné avant que le juge n'ait statué sur sa demande<sup>338</sup>. Ainsi, l'étranger bénéficie d'un recours dit « suspensif » contre son éloignement. Or, en vertu d'un régime dérogatoire, ces dispositions ne s'appliquent pas à Mayotte, en Guyane, à Saint-Martin, et, pour une période de 5 ans régulièrement renouvelée, en Guadeloupe et à Saint-Barthélemy<sup>339</sup>. Dans ces collectivités, le recours contre une mesure d'éloignement n'est donc pas suspensif et l'étranger peut être éloigné avant que le juge n'ait statué sur la légalité de la décision prise à son encontre.

A plusieurs reprises, le Défenseur a constaté, par voie d'observations devant les juridictions saisies ou de recommandations générales au gouvernement, que les procédures dérogatoires applicables Outre-mer n'étaient pas conformes aux exigences du droit européen relatives au recours effectif (voir par exemple : décision n° [MDE-MLD-2015-002](#)).

En 2012, dans l'arrêt de Grande Chambre *De Souza Ribeiro*, la Cour EDH, précisément saisie de ces procédures d'exception, a en effet condamné à l'unanimité la France pour violation du droit au recours effectif tel que protégé par l'article 13 de la Convention<sup>340</sup>. Pour la Cour, lorsque l'intéressé invoque, contre l'exécution de son éloignement, des griefs tirés des articles 2 (droit à la vie) ou 3 (droit de ne pas subir de torture et de traitements inhumains et dégradants) de la Convention, ou des griefs tirés de l'article 4 du Protocole n° 4 (expulsions collectives), il doit, pour que le droit au recours effectif soit garanti, bénéficier d'un recours de plein droit suspensif. Elle précisait que lorsque l'intéressé invoque des griefs tirés de l'article 8 (droit à la protection de la vie privée et familiale), les articles 8 et 13 de la Convention imposent néanmoins aux Etats, dans ce cas, de garantir à la personne concernée « *une possibilité effective de contester la décision d'expulsion (...) et d'obtenir un examen suffisamment approfondi et*

*offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes, par une instance interne compétente, fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité ».*

Les premières réponses données par le gouvernement à cet arrêt de condamnation ont été peu satisfaisantes. Par instructions non publiées des 5 et 3 avril 2013, le ministre de l'Intérieur a en effet demandé aux préfets de la Guyane, de la Guadeloupe et de Mayotte, de même que le représentant de l'Etat dans les collectivités de Saint-Barthélemy et Saint-Martin, de procéder, chaque fois qu'un recours était engagé, à un examen au cas par cas des griefs invoqués par le requérant avant de mettre en œuvre son éloignement. Un tel contrôle, exercé par l'autorité administrative à l'origine de la décision litigieuse et non par une instance indépendante, n'est pas conforme aux principes dégagés par la Cour EDH dans l'arrêt *De Souza Ribeiro*.

Par ailleurs, en 2014, l'ordonnance portant extension et adaptation à Mayotte du CESEDA n'est pas revenue sur le droit dérogatoire applicable en matière d'éloignement. Plusieurs associations l'avaient alors déférée au Conseil d'Etat, estimant qu'elle n'était pas conforme au droit européen et le Défenseur avait présenté des observations dans le cadre de ce contentieux (décision n° [MSP-2014-108](#)). Par ordonnance du 24 juillet 2014<sup>341</sup>, le juge des référés a rejeté la requête, considérant que la condition d'urgence n'était pas remplie, notamment au regard du projet de loi relatif au droit des étrangers en France examiné la veille en conseil des ministres, lequel prévoyait qu'à Mayotte, les mesures d'éloignement ne pourraient plus faire l'objet d'une exécution d'office dans le cas où l'étranger aurait saisi le tribunal administratif d'une requête en référé-liberté sur le fondement de l'article L.521-2 du code de justice administrative (CJA).

De telles dispositions ont effectivement été adoptées par la loi du 7 mars 2016<sup>342</sup>.

Dans plusieurs avis relatifs au projet de loi sur le droit des étrangers, le Défenseur s'est prononcé sur ces dispositions (avis nos [15-17](#), [15-20](#), et [16-02](#) précités). Après avoir relevé l'avancée qu'elles constituaient, il remarquait qu'elles n'étaient toutefois pas pleinement conformes aux prescriptions de la Cour EDH puisqu'elles ne conféraient un caractère suspensif qu'au seul référé-liberté et non à l'ensemble des recours susceptibles d'être introduits contre une OQTF. Or, dans le cadre du référé-liberté, il est demandé au juge de constater que la mesure porte une atteinte grave et manifestement illégale à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, ce dernier ne pouvant prendre que des mesures provisoires pour assurer la sauvegarde des droits fondamentaux invoqués ; il ne peut donc, dans ce cadre, annuler la décision litigieuse.

Surtout, le Défenseur remarquait que les prescriptions de la Cour EDH ne sauraient en tout état de cause être regardées comme respectées si l'accès au juge n'était pas effectivement garanti. Or, les associations intervenant en centres de rétention relèvent qu'il existe, en Outre-mer, une véritable difficulté sur ce point. En 2013 à Mayotte, par exemple, seules 93 des 16 000 personnes placées en rétention ont pu former un recours devant le juge administratif<sup>343</sup>. Ces difficultés s'expliquent en partie par l'exécution expéditive des mesures d'éloignement<sup>344</sup>. Ainsi, tant que cette situation perdurera, il sera le plus souvent impossible pour les étrangers retenus de déposer quelque recours que ce soit, suspensif ou non.

Pourtant, le législateur a préféré prévoir une nouvelle mesure dérogatoire plutôt que d'aligner le droit ultramarin sur celui de la métropole. En effet, en prévoyant un délai minimum de 48 heures avant toute exécution d'office d'une mesure d'éloignement, le droit commun laisse un peu de temps à l'étranger pour rassembler les éléments nécessaires à sa défense et saisir le juge d'un recours qui sera, en tout état de cause, suspensif de l'éloignement. Le motif invoqué par le gouvernement pour justifier le non-alignement de ces règles, à savoir le risque « *d'engorgement et de paralysie des juridictions et des capacités d'action de l'autorité administrative* »<sup>345</sup>, ne semble pas admissible au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, laquelle considère dans la décision *De Souza Ribeiro* précitée qu'il appartient aux Etats « *d'organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition* ».

**Pour ces raisons, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à la suppression de l'article L.514-1 du CESEDA et à l'alignement des règles applicables en Outre-mer sur les règles du contentieux administratif des OQTF de droit commun.**

**A tout le moins, il préconise d'interdire sans condition la mise à exécution de la mesure d'éloignement avant l'expiration du délai d'un jour franc à compter de la notification de cette décision. En l'état actuel du droit, cette possibilité est en effet offerte à l'étranger dans la seule hypothèse où l'autorité consulaire le demande, ce qui reste très rare dans les faits (article L.514-1 du CESEDA).**

## L'INTERPRÈTE : GARANT DES DROITS DE L'ÉTRANGER CONFRONTÉ À LA JUSTICE

Le droit à l'assistance d'un interprète est garanti par plusieurs conventions internationales protégeant le droit à un procès équitable. Ainsi, l'article 14 §3 du PIDCP prévoit, au titre des garanties minimales dont

doit bénéficier toute personne accusée d'une infraction pénale, le « *droit à se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ». L'article 6 de la CEDH consacre ce droit dans les mêmes termes et protège plus largement le droit de tout accusé à « *être informé dans une langue qu'il comprend (...) de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ». Au niveau de l'Union européenne, la directive n° 2010/64/UE du 20 oct. 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales prévoit que ce droit est plus largement garanti « *durant les interrogatoires menés par la police, les rencontres importantes entre client et avocat, toutes les audiences et les éventuelles audiences intermédiaires requises* ». A côté du droit à un interprète, elle fixe celui à une « *traduction écrite de tous les documents essentiels* » pour permettre aux suspects et personnes poursuivies d'exercer leurs droits de défense et garantir le caractère équitable de la procédure.

Depuis 2013, ces garanties figurent expressément à l'article préliminaire de notre code pénal, qui inscrit dans la loi les principes directeurs du droit au procès équitable. Au-delà de la matière pénale, la législation interne protège expressément le droit à l'interprète de tout étranger faisant l'objet d'une mesure privative de liberté, ce droit devant impérativement lui être notifié dès lors qu'il se trouve maintenu en zone d'attente, placé en rétention ou encore s'il fait l'objet d'une retenue pour vérification de son droit au séjour<sup>346</sup>.

En dépit de ces fortes protections, le Défenseur se trouve régulièrement saisi de situations où des étrangers faisant l'objet d'une mesure privative de liberté se sont heurtés à des difficultés pour bénéficier de l'assistance d'un interprète. Certaines saisines actuellement en cours de traitement font grief aux forces de l'ordre d'avoir requis un interprète qui n'était pas spécialiste de la langue parlée par l'étranger. A cet égard, les différents officiers de police auditionnés par le Défenseur expliquent qu'il est parfois très difficile de pouvoir prendre l'attache, dans les délais fixés par les règles procédurales, d'un interprète intervenant dans la langue de la personne étrangère concernée. Par ailleurs, le Défenseur est également souvent saisi de situations dans lesquelles les forces de l'ordre ont eu une interprétation manifestement trop large de la faculté de compréhension de la langue française de personnes en instance d'éloignement (décisions n<sup>os</sup> [MDS-2013-199](#) et [MDS-2010-137](#)). Il ressort de l'ensemble de ces saisines que, trop souvent, la volonté de ne pas prolonger la durée des procédures ou de procéder à l'éloignement rapide des personnes prime sur la garantie effective du droit à bénéficier de l'assistance d'un interprète.

Pourtant, ce droit, composante essentielle du droit au procès équitable, contribue à l'effectivité des droits de la défense, de même qu'à celui de ne pas être détenu arbitrairement, puisqu'il met la personne privée de liberté en mesure de comprendre les faits qui lui sont reprochés. Les fréquentes méconnaissances du droit à un interprète sont d'autant plus critiquables que les autorités disposent de nombreux outils susceptibles de faciliter la mise en œuvre de ce droit (la visioconférence, le téléphone ou Internet).

Enfin, le Défenseur a été saisi, de façon plus ponctuelle, des difficultés rencontrées par une personne étrangère victime d'une infraction au moment de l'enregistrement de sa plainte. Le gendarme ayant recueilli ses déclarations avait en effet commis une erreur de traduction qui, par la suite, a fait obstacle à la résolution rapide de l'affaire. Dans sa décision n° [MDS-2011-114](#), le Défenseur avait recommandé la diffusion d'une note au sein des services de police et de gendarmerie afin que soit privilégié le recours à un interprète lors du recueil des déclarations des personnes victimes ne parlant ou ne lisant pas le français.

Quelques mois plus tard, la Directive européenne n° 2012/29/UE du 25 octobre 2012 est venue consacrer le droit à l'interprète et à la traduction des étrangers victimes d'infractions. Elle invite expressément les Etats à utiliser les outils de télécommunications pour mettre en œuvre ce droit. En 2015, cette directive a été transposée en droit interne, l'article 10-2 du code de procédure pénale garantissant désormais le droit « *pour les victimes qui ne comprennent pas la langue française, de bénéficier d'un interprète et d'une traduction des informations indispensables à l'exercice de leurs droits* ».

**Le Défenseur des droits prend acte avec satisfaction de la transposition de la directive n° 2012/29/UE relative aux droits des victimes de la criminalité.**

**Par ailleurs, afin d'assurer une meilleure effectivité du droit des étrangers privés de liberté à bénéficier d'un interprète, le Défenseur des droits recommande au Ministre de l'Intérieur qu'il rappelle aux forces de l'ordre intervenant auprès de ces étrangers :**

**qu'il ne leur appartient pas d'apprécier l'opportunité de la demande formulée en ce sens par l'étranger qui souhaite exercer son droit à interprète ;**

- qu'il leur revient de tout mettre en œuvre pour que l'étranger qui a sollicité l'assistance d'un interprète puisse effectivement bénéficier d'un interprète dans sa langue, si besoin en recourant aux technologies de communication disponibles ;**

- **qu'en aucun cas des considérations relatives aux contraintes matérielles ou de temps ne doivent primer sur le droit de l'étranger à être assisté par un interprète, ce droit constituant une garantie essentielle de l'effectivité de ses autres droits.**

## C. LE DROIT AU MARIAGE

Le droit au mariage constitue un droit fondamental protégé tant par les normes constitutionnelles que les normes européennes. Il se présente tout d'abord comme une composante essentielle de la liberté personnelle reconnue par les articles 2 et 4 de la DDHC de 1789<sup>347</sup>. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne protège quant à elle, en vertu de son article 9, « *le droit de se marier et le droit de fonder une famille* ». Le droit au mariage est également expressément consacré par l'article 12 de la Convention EDH. Combiné à l'article 14 consacrant le principe de non-discrimination, ces dispositions prohibent toute restriction à la liberté matrimoniale en raison de la nationalité des futurs époux. A cet égard, depuis 1981<sup>348</sup>, la législation française n'impose plus de condition de régularité de séjour à l'étranger désirant se marier avec un ressortissant français, le Conseil constitutionnel ayant rappelé que le respect de la liberté du mariage « *s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé* »<sup>349</sup>. Le mariage peut donc être célébré « *quelle que soit la situation de la personne au regard de la législation concernant l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire français* »<sup>350</sup>.

S'agissant du mariage de personnes de même sexe, la Cour EDH a fait évoluer sa jurisprudence. Elle a affirmé en 2010, qu'en l'absence de consensus européen, les Etats disposent sur cette question d'une large marge d'appréciation. Mais prenant en compte l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour ne considère plus que le droit de se marier doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé<sup>351</sup>. En adoptant la loi n° 2013-404 du 17 mars 2013, la France a fait le choix d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

Malgré les diverses garanties dont elle bénéficie, les couples franco-étrangers se trouvent encore confrontés à un certain nombre de difficultés dans l'exercice de leur liberté matrimoniale.

### 1. Contrôle des mariages blancs et gris

Depuis près d'une vingtaine d'années, les gouvernements se sont engagés dans « *une politique de lutte contre les mariages simulés tant au*



*plan civil qu'au plan pénal* »<sup>352</sup>. Ainsi, la loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 relative à la maîtrise de l'immigration a instauré une procédure de sursis à la célébration du mariage en cas d'indices sérieux laissant présumer le défaut d'une réelle intention matrimoniale. La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité est par la suite venue renforcer la procédure d'alerte visant à prévenir la conclusion de ces unions<sup>353</sup>. A cette occasion, certains comportements spécifiques à cette problématique ont été érigés en infractions pénales. Enfin, la procédure de contrôle *a priori* a été rendue encore plus stricte par la loi n° 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité du mariage. Désormais, la publication des bans est subordonnée non seulement à la constitution d'un dossier mais également à l'audition préalable commune ou individuelle des futurs époux<sup>354</sup>.

La lutte contre les mariages de complaisance entraîne une multiplication des contrôles de la validité du mariage en dehors des cas prévus par la loi. En ce sens, on constate que le Procureur est saisi quasi systématiquement par les officiers d'état civil lorsqu'un étranger en situation irrégulière souhaite se marier avec un ressortissant français.

En 2015, le Défenseur des droits a été saisi de deux réclamations illustrant les obstacles rencontrés par les couples « mixtes » dans l'exercice de leur liberté matrimoniale. La première réclamation émanait d'un couple franco-algérien, qui s'est vu opposer l'inertie persistante de la mairie dans le traitement de son dossier, finalement confié au cabinet du maire compte tenu de la situation administrative du mari, lequel était en cours de régularisation. L'audition préalable a par ailleurs donné lieu à des questions revêtant un caractère discriminatoire en raison des convictions religieuses des futurs époux de confession musulmane. Outre l'exigence de documents non requis par la loi comme leurs fiches de paie, la future mariée a dû attester de la réalité du projet matrimonial du couple au regard de la procédure de régularisation de son compagnon, alors même que ces derniers étaient déjà pacsés et vivaient ensemble depuis deux ans. La seconde réclamation concernait le refus d'une mairie de se conformer à un jugement, lequel l'enjoignait de publier les bans d'un mariage franco-congolais, faisant suite à l'annulation de l'opposition à mariage formée par le procureur de la République.

**Compte tenu de ces pratiques illégales, le Défenseur des droits recommande au Garde des Sceaux de rappeler aux maires et aux agents de l'état civil, par voie de circulaire, que les refus ou entraves à la célébration d'un mariage fondés sur le seul motif**

**que l'un des futurs époux ne bénéficie pas d'un titre de séjour, portent atteinte à la liberté matrimoniale constitutionnellement et conventionnellement protégée.**

## **2. Mariage homosexuel des étrangers de certaines nationalités**

La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a introduit, à l'article 202-1 alinéa 2 du code civil, une exception aux règles de conflit de loi en permettant d'écarter la loi personnelle du conjoint étranger lorsque celle-ci interdit le mariage homosexuel. La circulaire du 29 mai 2013<sup>355</sup> est toutefois venue préciser que cette exception aux règles de conflit des lois ne s'appliquait pas pour un certain nombre de ressortissants étrangers dont les Etats ont conclu avec la France une convention bilatérale précisant que la loi personnelle des époux s'appliquait. Ce texte demande précisément aux maires de ne pas célébrer le mariage de personnes de même sexe lorsque l'un des futurs époux possède l'une de ces nationalités<sup>356</sup>.

Le Défenseur a été saisi d'une décision d'opposition formée par un Procureur de la République contre la célébration d'un mariage entre un Français et un Marocain. Cette décision était motivée par le fait qu'en application du principe de hiérarchie des normes, l'article 202-1 alinéa 2 du code civil ne pouvait trouver à s'appliquer en l'espèce dès lors que la France avait conclu avec le Maroc une convention bilatérale aux termes de laquelle, s'agissant des conditions de fond du mariage, la loi personnelle de chacun des époux devait s'appliquer<sup>357</sup>.

Par sa décision n° [MLD-2014-072](#), le Défenseur a présenté des observations devant la Cour de cassation dans le cadre de ce contentieux. Après avoir relevé que la Convention franco-marocaine prévoyait la possibilité d'écarter la loi personnelle de l'un des deux Etats si elle était manifestement incompatible avec l'ordre public, il a considéré qu'en l'occurrence, appliquer la loi marocaine contrevenait au principe d'égalité et aux stipulations de la Convention EDH proscrivant toute discrimination fondée sur la nationalité et l'orientation sexuelle, constitutifs de l'ordre public international français et que, dès lors, cette loi devait dès lors être écartée. La Cour de cassation, par une décision du 28 janvier 2015<sup>358</sup>, a suivi un raisonnement identique.

Le Défenseur estime que l'issue favorable donnée à ce dossier doit avoir un impact sur tous les ressortissants étrangers dont le pays interdisant le mariage homosexuel a conclu une convention avec la France et ce, même si les conventions en cause ne prévoient pas explicitement une clause d'ordre public. Le respect de l'ordre public

international français dont la Cour de cassation a apprécié le contenu, doit en effet s'appliquer même en l'absence de clause formelle.

Cette exception d'ordre public est largement consacrée par les instruments internationaux (voir la décision du Défenseur n° [MLD-2014-072](#)), et plus particulièrement par l'article 14 de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, lequel dispose que : « *l'application de la loi déterminée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* ». L'exception existe donc implicitement dans toute convention faisant prévaloir la loi personnelle.

C'est dans ce sens que le Défenseur a interrogé le 20 février 2015, puis le 28 janvier 2016, la Garde des Sceaux, sur les conséquences que le ministère entendait tirer de cette décision de justice. Il a fait part à cette occasion de son souhait que soit réformée la circulaire du 29 mai 2013. Les deux courriers sont restés sans réponse à ce jour et le Défenseur constate qu'un certain nombre de nationalités demeurent exclues du droit au mariage homosexuel<sup>359</sup>.

**Par conséquent, le Défenseur des droits réitère ses recommandations à l'attention du Garde des Sceaux afin que la circulaire du 29 mai 2013 soit mise en conformité avec l'ordre public international français et que plus aucun ressortissant étranger ne soit exclu, en raison de sa nationalité, du droit de se marier avec un conjoint de même sexe.**

## II. LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

### A. LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ

Consacré tant par le droit international que le droit interne, ce droit impose aux autorités des obligations positives, notamment en matière d'égal accès aux soins pour tous.

Juridiquement contraignant, le Pacte relatif aux droits sociaux, économiques et culturels dispose en son article 12-1 que « *toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé physique et mental qu'elle est capable d'atteindre* ». S'il n'est pas expressément consacré par la Convention EDH, le droit à la protection de la santé est toutefois protégé en vertu de la jurisprudence de la Cour EDH sur le fondement du droit à la vie, prévu à l'article 2 de la Convention<sup>360</sup>. Des obligations positives découlent également de la Charte sociale européenne, aux termes de laquelle le droit à la protection de la santé impose aux pouvoirs publics de prendre des mesures visant à « *prévoir des services de consultation [...] pour ce qui concerne l'amélioration de la santé* » (article 11) et « *à veiller à ce que toute personne qui ne dispose pas de*

*ressources suffisantes [...] puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par son état* » (article 13). Enfin, en droit interne, le droit à la protection de la santé constitue un principe à valeur constitutionnelle<sup>361</sup>, l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 affirmant que « *la Nation garantit à tous la protection de la santé* ».

Au-delà de cette assise constitutionnelle et internationale, le droit à la protection de la santé s'analyse, combiné avec le droit à la vie et le droit à la dignité humaine, comme une condition essentielle de la jouissance des autres droits fondamentaux. Par conséquent, l'étranger même en situation irrégulière, ne doit pas s'en trouver privé. A cet égard, la Cour EDH estime que s'il n'appartient pas aux États de pallier les défaillances des États non parties à la Convention par la fourniture de soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur leur territoire<sup>362</sup>, il leur appartient en revanche, tant que ces personnes se trouvent sous leur juridiction, d'examiner la portée des décisions qu'ils peuvent prendre. Rappelons également que la Cour de cassation a reconnu à plusieurs reprises l'applicabilité directe de l'article E de la Charte sociale européenne, lequel consacre le principe de non-discrimination dans l'exercice des droits reconnus par celle-ci<sup>363</sup>.

Le droit pour une personne étrangère d'accéder à un minimum de soins est par ailleurs conforté par l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la protection de la santé publique<sup>364</sup>. Cet impératif collectif, érigé en composante de la notion d'ordre public<sup>365</sup>, vient en effet au soutien de la santé individuelle comme l'illustre la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions. En vertu de son article 67, « *l'accès à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies constitue un objectif prioritaire de la politique de santé. Les programmes de santé publique mis en œuvre par l'État ainsi que les collectivités territoriales et les organismes d'assurances maladie prennent en compte les difficultés spécifiques des personnes les plus démunies* ».

Mais le droit de chacun à la protection de sa santé implique, pour être effectif, que l'Etat organise une protection maladie suffisante permettant l'accès aux soins des plus démunis. A défaut, ce droit fondamental est condamné à rester lettre morte face aux inégalités économiques. Or, saisis de réclamations relatives à l'accès aux soins des étrangers, le Défenseur des droits constate qu'en dépit de son universalité proclamée, le régime général de Sécurité sociale demeure fermé aux étrangers en situation irrégulière (1) tandis que le droit des étrangers en situation régulière à y accéder se trouve fragilisé par certains effets pervers de la récente réforme de l'Assurance maladie (2). Enfin, les difficultés que peuvent rencontrer les étrangers pour

accéder à une protection maladie les rend plus vulnérables au risque de refus de soins (3).

### **1. Les étrangers en situation irrégulière : derniers exclus d'un système d'assurance maladie toujours plus inclusif.**

Au sortir de la Seconde guerre mondiale, les ordonnances de 1945 et la Constitution de 1946 instituent en France une assurance maladie à destination des salariés et de leur famille sur la base de trois principes fondamentaux : l'égalité d'accès aux soins, la qualité des soins et la solidarité. A compter de cette date, l'assurance maladie, poursuivant une logique inclusive, a progressivement étendu sa protection à d'autres catégories de la population, afin de garantir l'accès aux soins des plus précaires.

Ainsi, la loi de 1999 crée une couverture maladie universelle (CMU)<sup>366</sup> qui permet l'affiliation au régime général, sur critère de résidence, des personnes ne relevant d'aucun régime d'assurance maladie obligatoire à quelque titre que ce soit, salarié ou ayant droit notamment (dispositif CMU dit « de base »). En même temps, le législateur institue une couverture complémentaire gratuite pour les personnes les plus démunies, la CMU-C, visant à leur assurer un accès effectif aux soins. Pour atténuer les effets de seuil, a été ajouté à ce dispositif une aide à l'acquisition d'une complémentaire santé, l'ACS, qui doit permettre aux personnes dont les ressources sont légèrement supérieures au plafond de la CMU-C de bénéficier d'une aide annuelle destinée à l'achat d'une couverture complémentaire santé auprès d'une mutuelle ou d'une assurance privée.

Plus récemment, l'article 59 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 (LFSS 2016)<sup>367</sup>, parachevant la logique engendrée par la CMU en 1999, a créé la protection universelle maladie (PUMa), dont l'objectif affiché est l'universalisation de la prise en charge des frais de santé. Ouverte à toute personne exerçant une activité professionnelle ou résidant de manière stable et régulière en France depuis plus de 3 mois, la PUMa a supprimé la CMU dite « de base ». Elle opère ainsi une simplification considérable du droit et emporte deux conséquences majeures : la première est que l'affiliation sur critère d'activité professionnelle est désormais acquise dès la première heure travaillée sans qu'il soit besoin de justifier d'une durée minimale de travail ou d'un certain montant de cotisations préalable ; la seconde est la disparition du statut d'ayant droit majeur, chaque personne majeure pouvant désormais être affiliée en propre, sur critère d'activité professionnelle ou de résidence.

Si la PUMa apparaît, à cet égard, emblématique de la logique inclusive qui a présidé aux différentes réformes de l'assurance maladie engagées depuis sa création, elle pérennise en revanche la marginalisation des étrangers en situation irrégulière progressivement instaurée à partir de 1993 s'agissant de l'accès à la protection maladie. En effet, jusqu'à cette date, l'accès à l'assurance maladie n'était subordonné à aucune condition de régularité de séjour. Quant aux personnes non affiliées, elles pouvaient, quelle que soit leur situation au regard du séjour, bénéficier d'une aide médicale pour les dépenses de soins qu'elles ne pouvaient pas supporter. Ce n'est qu'avec la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, que les étrangers en situation irrégulière se voient exclus du périmètre d'affiliation à l'assurance maladie, et donc contraints de recourir, quelle que soit leur situation, à l'aide médicale.

La loi de 1999 portant création de la CMU, tout en affichant un objectif d'universalisation de la Sécurité sociale, choisit, à côté d'un droit à l'assurance maladie pour tous et d'une complémentaire CMU pour les plus vulnérables, toutes deux conditionnées à la régularité du séjour, de maintenir le dispositif d'aide médicale, sous la forme de l'aide médicale d'Etat (AME) à destination des seuls étrangers en situation irrégulière et dépourvus de ressources suffisantes. En dépit de sa prétention à l'universalité, la PUMa ne revient pas sur cette mise à l'écart des étrangers en situation irrégulière.

En outre, le Sénat a récemment voulu intégrer à un projet de loi relatif à la maîtrise des flux migratoires un amendement tendant à la suppression de l'AME au profit d'une « aide médicale d'urgence » dont la prise en charge serait limitée au traitement des maladies graves et douleurs aiguës, aux soins liés à la grossesse, aux vaccinations réglementaires et aux examens de médecine préventive. Soumettre une partie de la population démunie à un accès résiduel aux soins s'avère peu pertinent, tant au regard des exigences de santé publique qu'au regard de l'objectif recherché – la diminution des coûts – car lorsqu'une personne n'accède aux soins que quand son état s'est fortement dégradé, elle nécessite une prise en charge plus lourde pour la collectivité. Mais cette démarche témoigne surtout du risque que l'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière, faisant l'objet d'un traitement à part, se trouve relégué au rang d'objectif secondaire, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière étant considéré comme prioritaire. Dans l'avis n° [16-02](#) du 15 janvier 2016, le Défenseur a d'ailleurs regretté le lien que la proposition du Sénat établissait, de fait, entre l'accès aux soins et la maîtrise des flux migratoires : celui-ci sous-tend en effet l'idée selon laquelle la « générosité » d'un dispositif tel que l'AME conduirait à renforcer les flux migratoires illégaux en créant un « appel d'air ».

A cette occasion, le Défenseur remarquait que cette idée, porteuse de risques en matière de santé publique, peu respectueuse du droit au respect de la dignité humaine, ne reposait sur aucun élément sérieusement établi. Plusieurs études montrent en effet que le besoin de soins est une cause d'immigration tout à fait marginale. Selon une enquête menée par Médecins du Monde, rapportée par l'ODSE, seules 6 % des personnes concernées citent la santé comme l'un des motifs de migration. S'agissant du VIH, une pathologie qui concernerait un tiers des bénéficiaires de l'AME, il ressort d'une étude du Comité pour la santé des Exilés (Comede) réalisée en 2009 que 94 % des séropositifs bénéficiaires de l'AME auraient découvert leur maladie après leur arrivée en France.

Ainsi, l'exclusion des étrangers en situation irrégulière du dispositif d'accès aux soins dit « universel », témoignant d'une volonté de faire primer les considérations de politique migratoire, repose sur des craintes qui paraissent largement infondées. Or, cette exclusion, outre son caractère stigmatisant, consacre dans les faits un droit à la prise en charge des frais de santé moindre pour les étrangers en situation irrégulière (a). Elle favorise par ailleurs le développement, de la part des caisses, de pratiques divergentes et parfois illégales (b) et emporte, pour les professionnels de santé, des contraintes administratives et financières supplémentaires (c) qui tendent, ultimement, à entraver l'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière.

#### **a. L'AME : une protection de second rang**

Prévue par l'article L.251-1 du code de l'action sociale et des familles (CASF), l'AME a un statut à part au sein du dispositif français de protection maladie puisqu'elle n'est pas une prestation de sécurité sociale. Dès lors, ses bénéficiaires ne jouissent pas des mêmes droits que ceux dont bénéficient les assurés sociaux : ils relèvent d'une procédure d'immatriculation spécifique qui ne donne pas lieu à l'édition d'un numéro de Sécurité sociale définitif, ils ne disposent pas de carte Vitale et ils ont accès à un panier de soins distinct moins étendu que celui auquel ont accès les personnes affiliées à l'assurance maladie. Le panier de soins d'un bénéficiaire de l'AME est identique à celui d'un assuré social diminué de six prestations : les cures thermales, la procréation médicalement assistée, les médicaments dont le service médical rendu est considéré comme faible, les frais d'hébergement et de traitement des enfants ou adolescents handicapés, les frais de l'examen de prévention bucco-dentaire pour les enfants.

## b. Un accès au droit entravé par des pratiques divergentes et parfois illégales

Dans le cadre des travaux du comité d'entente santé que le Défenseur des droits réunit régulièrement, les acteurs de terrain ont fait part du traitement différencié souvent réservé par les Caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) aux dossiers de demandes d'AME.

Fonctionnant comme des organismes autonomes, les CPAM sont en effet libres de choisir le nombre de centres qui seront implantés sur leur territoire et leur organisation. Les variantes organisationnelles constatées auraient ainsi beaucoup plus d'incidences sur l'accueil des usagers demandant ou bénéficiaires de l'AME que sur l'accueil des bénéficiaires de l'assurance maladie (avec ou sans CMU-C). Dans certaines CPAM, l'accueil pour l'AME relève en effet d'un circuit spécifique incluant des « entretiens AME » visant à vérifier que le dossier est complet mais également à lutter contre la fraude en s'assurant des ressources réelles du demandeur.

Saisi du cas d'un refus d'admission à l'AME opposé à une ressortissante européenne sur le fondement de textes inapplicables à l'espèce (voir *infra*), le Défenseur des droits a pointé les divergences de pratiques existant selon les caisses (décision n° [MSP-MLD-2013-130](#)). S'agissant du contrôle des conditions d'admission à l'AME, certaines d'entre elles formulent des demandes excessives et contraires aux dispositions applicables.

Pour l'ouverture de leurs droits AME, les intéressés doivent en effet justifier de leur identité, de leur résidence habituelle en France depuis au moins trois mois, et de leur niveau de ressources. Le principe déclaratif, impliquant qu'une simple déclaration sur l'honneur suffise à justifier de ces conditions, a été supprimé par un décret de 2005<sup>368</sup> qui a fixé la liste des pièces susceptibles d'être requises. Plusieurs circulaires précisent la portée de ces dispositions<sup>369</sup>. S'agissant du contrôle de l'identité du demandeur, les caisses sont invitées à faire preuve d'une certaine souplesse, en n'exigeant pas, par exemple, la production d'une traduction de l'extrait d'acte de naissance lorsqu'il est possible de s'assurer directement, à partir du document rédigé en langue étrangère, des noms, prénoms, dates et lieux de naissance de l'intéressé. Lorsqu'aucun document officiel n'atteste de cette identité, les caisses doivent encore, toujours au vu du décret de 2005, rechercher si tout autre document produit pourrait effectivement attester de cette identité<sup>370</sup>.

Pourtant, en dépit de ces préconisations, les informations portées à la connaissance du Défenseur des droits attestent de fait que cer-



taines personnes rencontrent des difficultés à faire ouvrir leur droit à l'AME, faute de pouvoir justifier de leur état civil par des documents probants.

Bien plus, c'est au niveau du contrôle de la condition d'antériorité de résidence de plus trois mois sur le territoire français, imposée par le CASF depuis 2003<sup>371</sup>, que les difficultés sont les plus nombreuses. En effet, bien qu'une circulaire<sup>372</sup> précise la portée du décret de 2005 précité<sup>373</sup> quant aux pièces permettant d'attester des trois mois de résidence en France, des interprétations divergentes selon les caisses demeurent.

Aux termes de ces textes, lorsque la justification de la condition de résidence ne peut se faire *via* la présentation d'un visa ou du tampon sur le passeport, les caisses peuvent admettre la production de différentes factures de sociétés privées<sup>374</sup>, de l'avis d'imposition, de l'attestation de domiciliation d'une association agréée, ou à défaut, de « *tout autre document de nature à prouver que cette condition est remplie* ». A ce titre, la circulaire du 27 septembre 2005 énumère certaines pièces comme les documents émanant de ministères, de Pôle emploi, d'établissements scolaires, tout en précisant que « les déclarations sur l'honneur des demandeurs ou de tiers n'agissant pas dans l'un des cadres professionnels précités ne sont pas de nature à satisfaire les exigences posées par le décret ». Or, certaines caisses interprètent ces préconisations comme excluant la possibilité pour le demandeur de justifier de sa résidence depuis plus de trois mois sur le territoire par la production de pièces émanant de personnes privées. Une telle interprétation ne saurait être retenue : la circulaire ne peut en aucun cas fixer des conditions plus restrictives que le décret de 2005, lequel dispose bien que les caisses peuvent recevoir *tout autre document* de nature à prouver que la condition de résidence préalable est remplie sans exclure les documents émanant de personnes privées.

Les procédures spécifiques mises en place par les caisses à destination des demandeurs AME, accompagnées parfois d'un contrôle des conditions d'ouverture restrictif et de demandes de pièces injustifiées, outre qu'elles révèlent une suspicion de fraude accrue pesant sur les étrangers en situation irrégulière, contribuent à freiner, voire à empêcher l'accès aux droits de ces derniers. Ce faisant, ces pratiques sont contraires aux considérations de santé publique – les intéressés n'accédant pas aux soins – et nuisent à la mise en œuvre des obligations de célérité qui incombent aux caisses lorsqu'elles instruisent les demandes d'AME, obligations constitutives du droit à la protection sociale.

**Aussi, le Défenseur des droits recommande :**

- **à la ministre des Affaires sociales et de la Santé, d'actualiser la circulaire du 27 septembre 2005 relative à l'AME afin de réduire les divergences de pratiques constatées entre les CPAM et de préciser la liste des pièces susceptibles d'être exigées dans le cadre du contrôle des conditions d'ouverture du droit à l'AME ;**
- **à la CNAM de rappeler à l'ensemble des caisses primaires les obligations de célérité qui leur incombent, conformément à la circulaire du 27 septembre 2005, pour l'instruction des dossiers de demande d'AME.**

Aux obstacles à l'accès au droit résultant des procédures de contrôle particulièrement strictes développées par certaines caisses, s'ajoutent les entraves résultant d'interprétations du droit tout simplement erronées. Le Défenseur des droits a été saisi à cet égard des difficultés spécifiques rencontrées par une ressortissante européenne inactive dépourvue de droit au séjour (décision n° [MSP-MLD-2013-130](#)). Celle-ci s'est vue opposer un refus d'AME aux motifs qu'elle ne détenait pas de couverture médicale complète préalable à l'entrée sur le territoire français, ni ne disposait de ressources suffisantes pour ne pas devenir une charge déraisonnable pour l'Etat français.

Pour cela, la CPAM se fondait sur une circulaire du 9 juin 2011<sup>375</sup>. Or, cette circulaire a pour objet de définir les conditions dont doivent justifier les ressortissants européens inactifs pour bénéficier d'un droit au séjour. Elle est donc sans lien avec les conditions d'ouverture de l'AME, lesquelles sont fixées par l'article L.251-1 du CASF et complétées par le décret et la circulaire de 2005 précités. Appliquer une circulaire relative au droit au séjour aux ressortissants européens inactifs sollicitant le bénéfice de l'AME n'a d'ailleurs aucun sens puisque cela revient à exiger d'eux des conditions parfaitement contradictoires. En effet, l'AME est ouverte aux étrangers dépourvus de droit au séjour et disposant de très faibles ressources, tandis que la circulaire du 9 juin 2011 précise que les ressortissants européens inactifs peuvent être regardés comme étant en situation régulière s'ils justifient, notamment, de ressources suffisantes. A la suite de l'intervention des services du Défenseur des droits, la CPAM en cause a décidé de procéder au réexamen du dossier de la réclamante.

Ayant constaté, au cours de l'instruction du dossier, que le refus opposé à la réclamante n'était pas isolé mais relevait d'une pratique systématiquement appliquée par la caisse à tous les ressortissants européens dépourvus de droit au séjour, le Défenseur des droits a par ailleurs recommandé, d'une part, à la CPAM en cause de procéder à un nouvel examen de la situation des ressortissants placés dans

une situation comparable et, d'autre part, à la CNAM de rappeler à l'ensemble des caisses primaires, par voie d'instruction, les règles applicables en matière d'admission des européens à l'AME.

S'agissant toujours des difficultés spécifiques rencontrées par les citoyens européens, l'attention du Défenseur a également été appelée sur d'autres pratiques illégales consistant à refuser l'accès à l'AME aux ressortissants européens dépourvus de droit au séjour installés en France au motif qu'ils pourraient bénéficier d'une prise en charge *via* la Carte européenne d'assurance maladie (CEAM)<sup>376</sup> ou, lorsqu'ils ne sont pas titulaires d'une telle carte, au motif qu'ils ne rapportent pas la preuve qu'ils ne pourraient pas se la voir délivrer<sup>377</sup>. Or, la CEAM vise à faciliter, pour les personnes couvertes par la protection maladie d'un pays de l'espace économique européen, la prise en charge de soins « non programmés » délivrés à l'occasion de séjours temporaires dans un autre pays que celui dont ils sont assurés. Renvoyer des personnes installées en France et y résidant habituellement à une telle protection pour motiver un refus d'AME constitue donc une application erronée du droit et un détournement des buts poursuivis par la CEAM. Ces ressortissants, dès lors qu'ils ne sont pas en situation régulière au regard du séjour et qu'ils n'ont pas de ressources, doivent pouvoir bénéficier de l'AME au même titre et dans les mêmes conditions que tous les autres étrangers dépourvus de droit au séjour. Cette protection, couvrant non seulement les soins inopinés couverts par la CEAM, mais également ceux nécessités dans le cadre d'un suivi médical régulier, notamment pour le traitement des maladies chroniques, est en effet la seule à même d'assurer une prise en charge adéquate de la personne en situation irrégulière ayant établi sa résidence en France.

**Aussi, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à ce que la CNAM rappelle à l'ensemble des caisses primaires, par voie d'instruction, les règles applicables en matière d'admission des ressortissants communautaires à l'aide médicale d'Etat, et notamment, leur droit à jouir de cette prestation dans les mêmes conditions que tous les autres étrangers dépourvus de droit de séjour, sans que la possession – ou la possibilité de solliciter la délivrance – d'une Carte européenne d'assurance maladie ne puisse leur être opposée.**

### **c. Un accès au droit différencié emportant des charges administratives et financières supplémentaires**

A l'occasion d'un rapport au Premier ministre publié en mars 2014<sup>378</sup>, le Défenseur des droits s'est prononcé sur une autre incidence du maintien d'un dispositif de prise en charge spécifique pour les étrangers en situation irrégulière : le surcoût administratif, voire financier,

pour les professionnels et les établissements de santé lié au fait que les bénéficiaires de l'AME ne disposent pas de carte Vitale. Les modalités administratives de règlement de la consultation pour un patient bénéficiaire de l'AME apparaissent en effet complexes pour les médecins de ville, puisqu'elles reposent exclusivement sur une télétransmission en mode dégradé pour les professionnels équipés d'outils de télétransmission, ou, pour les autres, sur des feuilles de soins papier leur imposant une contrainte administrative supplémentaire. Des délais parfois longs de remboursement par les CPAM ont par ailleurs été observés.

Aussi, le Défenseur relevait qu'une fusion administrative des dispositifs CMU et AME présenterait des avantages, non seulement pour les professionnels de santé – simplification des démarches et réduction des délais de remboursement – mais également pour les CPAM, en réduisant les coûts administratifs lié à la gestion des deux dispositifs parallèles. Le Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale (CNLE) vient également de réitérer une telle préconisation de fusion CMU/AME, aujourd'hui PUMa/AME<sup>379</sup>.

**Aussi, le Défenseur des droits réitère sa recommandation tendant à ce que la dualité des dispositifs CMU/AME – aujourd'hui PUMa/AME – soit reconsidérée de façon à simplifier les modalités d'intervention des CPAM, les démarches administratives des professionnels de santé et à faciliter l'accès à la médecine de ville des bénéficiaires de l'AME.**

Au-delà des contraintes administratives supplémentaires qu'emporte le maintien d'un tel dispositif spécifique, le Défenseur a été saisi de la question des discriminations territoriales que subiraient les établissements hospitaliers accueillant une forte proportion de patients précaires, bénéficiaires de l'AME ou de la CMU complémentaire.

A cet égard, il convient de rappeler que, pour compenser le surcoût structurel et organisationnel généré par la présence, dans une proportion plus forte que la moyenne, de patients bénéficiaires de l'AME parmi la population prise en charge au sein de certains hôpitaux, ceux-ci se sont vu allouer une mission d'intérêt général (MIG) intitulée « précarité ». Ce dispositif prévoit le versement d'une compensation financière aux établissements ayant un fort taux de précarité, c'est-à-dire ayant une part de patients hospitalisés relevant de la CMU, de la CMU-C et de l'AME supérieure à 10,5 %. Depuis 2012, les différentes réformes du financement de l'AME et des soins urgents vitaux (SUV) – destinés aux étrangers dépourvus de droit au séjour et non bénéficiaires de l'AME-, avec le calcul de la tarification des séjours non plus sur la durée réelle des séjours, mais sur la base du prix forfaitaire du groupe homogène de séjours, induisent, pour ces établissements,

une succession de pertes mécaniques de recettes. La durée des séjours des patients précaires est en effet bien souvent supérieure à la durée moyenne des séjours, en raison des difficultés de mise en œuvre de projets de sortie.

A titre d'exemple, en 2014, plus de 12 % des séjours qui ont été réalisés au sein du centre hospitalier Delafontaine à Saint-Denis sont des séjours hors assurance maladie. Ceux-ci ont augmenté de plus de 44 % depuis 2009. En élargissant l'analyse aux patients pauvres bénéficiaires de la complémentaire CMU, cette part de patients représente plus de 30 % des séjours hospitaliers. La situation de ce centre hospitalier est révélatrice de celle de l'ensemble des établissements de santé confrontés à une évolution importante des patients en situation de précarité et qui doivent faire face à des contraintes supplémentaires, sans que leur dotation, au titre de la MIG « précarité », n'ait été réévaluée depuis sa mise en place en 2009. Le Défenseur estime que le modèle permettant la dotation – part des patients hospitalisés relevant de la CMU, de la CMU-C et de l'AME supérieure à 10,5 % – repose sur un critère d'éligibilité aujourd'hui largement dépassé pour certains établissements de santé et ne tenant pas compte d'indicateurs sociodémographiques qui permettraient de mieux cibler les établissements particulièrement concernés par ce type de prise en charge.

Par courrier du 13 octobre 2015, en réponse aux interrogations du Défenseur des droits sur ce point, la ministre répondait qu'elle avait décidé, dans le cadre du projet de loi de financement de la Sécurité sociale 2016, de proposer une augmentation de la compensation financière versée au titre de la MIG « précarité » aux établissements ayant un fort taux de précarité.

**Le Défenseur des droits prend acte avec satisfaction de l'engagement de la ministre des Affaires sociales et de la Santé quant à l'augmentation de la compensation financière versée au titre de la MIG « précarité » aux établissements ayant un fort taux de précarité, et recommande qu'une réflexion soit engagée afin de repenser les critères d'éligibilité au versement de cette compensation, de façon à ce que les établissements concernés soient mieux ciblés, notamment *via* la prise en compte d'indicateurs sociodémographiques.**

## **2. Les étrangers en situation régulière : un accès à l'Assurance maladie fragilisé par la récente réforme PUMa**

Outre le fait qu'elle ne revienne pas sur le principe de l'exclusion des étrangers en situation irrégulière du système de protection universelle, la PUMa révèle les limites de sa logique inclusive s'agissant

des étrangers en situation régulière relevant du régime général : en supprimant la notion de « maintien de droits » et les ayants droits majeurs, la réforme semble en effet ne pas avoir pris en compte les conséquences néfastes que ces choix étaient susceptibles d'emporter pour certains étrangers.

**a. La suppression de la notion de « maintien de droits » : un risque accru de rupture de droits pour les étrangers relevant du régime général**

Dans leur rédaction antérieure à la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2016<sup>380</sup>, les articles L.161-8 et R.161-3 du code de la sécurité sociale prévoyaient que les droits à l'assurance maladie étaient maintenus pendant un an à compter de la perte d'une des conditions permettant l'ouverture de ces droits comme, par exemple, la perte du droit au séjour. La seule condition qui fermait immédiatement les droits à l'assurance maladie était le transfert de la résidence hors de France, pour les Français comme pour les étrangers<sup>381</sup>. Ce maintien des droits à l'assurance maladie s'appliquait aussi bien aux affiliations sur critère socio-professionnel qu'aux affiliations sur critère de résidence (CMU).

Or, la LFSS pour 2016 modifie la rédaction de l'article L.161-8 CSS : le maintien des droits à l'assurance maladie pendant un an est supprimé pour les prestations en nature – droit aux soins – et ne concerne plus que les prestations en espèces, c'est-à-dire les indemnités journalières. Le retrait de la carte vitale est en effet immédiat lorsqu'une des conditions d'affiliation à l'assurance maladie n'est plus remplie.

Si la suppression du maintien des droits concerne les Français autant que les étrangers, le Défenseur des droits s'inquiète toutefois de l'impact spécifique que cette suppression aura sur ces derniers. En effet, dans un contexte de précarisation du droit au séjour<sup>382</sup>, cette modification exposera plus fortement au risque d'une rupture de droits à l'assurance maladie les étrangers bénéficiant d'un titre de séjour de très courte durée (inférieur à un an) et, plus généralement, tous ceux dont le titre de séjour d'un an arrive à expiration.

Ce risque pourrait en outre se trouver accru du fait de certaines pratiques illégales des préfectures, régulièrement portées à la connaissance du Défenseur. Celles-ci consistent à délivrer – en lieu et place des récépissés de renouvellement de titres – de simples convocations ou rendez-vous, fixés parfois après la date d'échéance du titre. Dès lors que le maintien des droits à l'assurance maladie pendant un an se trouve supprimé, ces pratiques pourraient conduire à ce que, pendant les périodes de renouvellement de leurs titres de séjour, les

étrangers soient dépourvus de couverture médicale et contraints de basculer – parfois plusieurs fois par an – vers le dispositif d'AME.

Les préfectures délivrant chaque année plus de 2 millions de documents de séjours (nouveaux titres et renouvellements) à environ 700 000 étrangers, il s'agit d'autant de risques de ruptures de droits, suivies de nouvelles demandes de droits (réouverture à l'assurance maladie ou AME), conduisant à alourdir la charge de travail des CPAM et à allonger les délais d'instruction.

Ainsi, les étrangers qui auront perdus, de façon temporaire ou pérenne, leur droit au séjour, pourront se retrouver dépourvus de toute protection (PUMa ou AME), ce qui aura non seulement pour effet d'affecter la continuité des soins reçus, mais également de surcharger inutilement le dispositif ses soins vitaux et urgents (DSUV), prévu à l'article L.254-1 du CASF et destiné aux étrangers dépourvus de droit au séjour et non bénéficiaires de l'AME.

Le Défenseur considère que de telles conséquences vont à l'encontre des objectifs de continuité et de simplification du droit poursuivis par la réforme PUMa. C'est pourquoi, avant le vote du PLFSS 2016 par le Sénat, il avait décidé de faire part de ces observations, par courrier, au rapporteur du projet de loi.

Toutefois, ce courrier est demeuré sans réponse et la LFSS 2016 a été adoptée

**Aussi, le Défenseur des droits recommande que, dans le cadre de l'évaluation des effets de la loi PUMa, une attention particulière soit accordée aux conséquences que peut avoir, pour les étrangers, la suppression du maintien des droits à l'assurance maladie pendant un an fasse l'objet. Il demande également à être consulté dans le cadre de la rédaction des textes réglementaires d'application, de façon à pouvoir vérifier que toutes les dispositions ont été prises pour prémunir les étrangers contre le risque accru de rupture de droits auquel ils pourraient se trouver exposés.**

#### **b. La suppression des ayants droits majeurs : une régression des droits pour certains étrangers en situation régulière**

Dans le système précédant la PUMa, les personnes – françaises ou étrangères – qui n'étaient pas ayant droit majeurs devaient, pour pouvoir être affiliées à l'assurance maladie, attester de la stabilité de leur résidence en France depuis 3 mois. L'article D.160-2 du code de la sécurité sociale exonère de cette condition d'antériorité de résidence plusieurs catégories de personnes dont les étudiants, les réfugiés, les personnes arrivées dans le cadre du regroupement familial.

Dans la mesure où ce décret est resté inchangé après le vote de la loi PUMa qui a supprimé la notion d'ayants droits majeurs, les personnes, autrefois affiliées directement en cette qualité se retrouvent exclues pendant 3 mois de l'assurance maladie. Tel est le cas des 50 000 étrangers conjoints de Français qui entrent sur le territoire chaque année *via* un visa long séjour et non par la procédure du regroupement familial. Ce ne sont pas les seuls concernés. Pour ces personnes en situation régulière et parfois membres de famille française, la loi PUMa, loin de ses objectifs d'universalité, marque une régression importante au droit fondamental à la protection de la santé.

**Le Défenseur des droits, préoccupé par cette conséquence inattendue de la réforme PUMa, recommande à la ministre des Affaires sociales et de la Santé que la rédaction de l'article D.160-2 du code de la sécurité sociale soit modifiée pour que des étrangers en situation régulière, autrefois ayant droits majeurs, soient exonérés de la condition d'antériorité de résidence pendant 3 mois et ne connaissent pas de régression de leurs droits. Il s'agit des étrangers qui ne sont pas soumis à la procédure de regroupement familial, à savoir les conjoints et enfants majeurs :**

- de Français ;
- de réfugiés statutaires ou bénéficiaires de la protection subsidiaire ;
- de ressortissants de l'Union européenne ;
- des titulaires du titre de séjour mention « passeport talent ».

L'ensemble des difficultés qui viennent d'être décrites tend à exposer plus fortement les étrangers bénéficiaires au risque d'un refus de soins, quelle que soit leur situation au regard du droit au séjour.

### **3. Les étrangers, un public particulièrement exposé au risque de refus de soins**

Outre les entraves à l'accès aux soins résultant directement des difficultés d'accès à la protection maladie auxquelles peuvent se trouver confrontés les étrangers, le Défenseur des droits constate que les étrangers sont particulièrement vulnérables au risque de refus de soins discriminatoires à raison de la nationalité (1) ou fondés sur la nature de leur protection sociale (2). Par ailleurs, le Défenseur a été saisi du cas spécifique des refus d'IVG opposés aux femmes étrangères non affiliées au régime général et ne bénéficiant pas de l'AME (3).

#### **a. Les refus de soins discriminatoires à raison de la nationalité**

En janvier 2014, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative au refus d'une clinique privée de pratiquer une opération chirurgicale sur une personne de nationalité étrangère bénéficiaire de



la CMU-C. Cette décision avait été prise au motif du caractère irrégulier de la situation de la réclamante au regard du séjour, celle-ci ayant été récemment déboutée du droit d'asile. Le Défenseur des droits a estimé que cette décision était constitutive d'un refus de soins discriminatoire à raison de la nationalité prohibé par les articles L.1110-3 du code de la santé publique, 225-1 et 225-2 du code pénal (décision n° [MLD-MSP-2014-001](#)).

En effet, si la clinique était fondée à vérifier que la patiente bénéficiait d'une couverture maladie, il ne lui appartenait pas en revanche de se substituer à la CPAM – laquelle avait d'ailleurs délivré une attestation de droits – en demandant à la réclamante de produire une copie de son titre de séjour. Dans une décision n° [MLD-MSP-2014-001](#), le Défenseur des droits recommandait à la ministre de la Santé et aux différentes fédérations hospitalières de rappeler aux cliniques et hôpitaux les règles applicables en matière d'accès aux soins des étrangers. Par courrier du 19 février 2016, la Fédération de l'hospitalisation privée répondait au Défenseur des droits que l'établissement privé (FHP) en cause avait « *suivi la procédure habituelle de recherche d'ouverture de droits en s'assurant de l'identité de la personne demandant une prise en charge* », conformément au schéma d'instruction des dossiers mentionné sur le site social « [sante.gouv.fr](#) ». Or, il ressort de la consultation de ce site que le schéma d'instruction des demandes évoqué par la FHP concerne exclusivement « *les patients étrangers non assurés d'un régime français en séjour temporaire* ». Dès lors, l'analyse et les recommandations du Défenseur des droits au sujet d'étrangers résidant en France et affiliés à l'assurance maladie française restent inchangées.

Par ailleurs, il est à noter qu'en l'occurrence, la réclamante, bien que ne bénéficiant plus de droit au séjour, bénéficiait du droit au maintien de ses droits à l'assurance maladie pendant un an, droit qui existait alors en vertu des articles L.161-8 et R.161-3 du code de la sécurité sociale.

La LFSS 2016 ayant mis fin au principe de ce maintien des droits, le Défenseur des droits s'inquiète de ce que cette suppression incite les établissements et professionnels de santé à développer la pratique illégale consistant à se substituer aux CPAM en contrôlant le droit au séjour des personnes étrangères venant les consulter.

**En conséquence, le Défenseur des droits réitère ses recommandations à la ministre des Affaires sociales et de la Santé, à la Fédération de l'hospitalisation privée (FHP) ainsi qu' à la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP) tendant à ce qu'il soit rappelé à l'ensemble des cliniques et hôpitaux privés, par voie d'instruction, les règles applicables en matière d'accès aux soins des étrangers, et notamment le fait**

**qu'il n'appartient pas à ces derniers de se substituer aux CPAM en contrôlant le droit au séjour des étrangers qui se présentent à leur service.**

**Le Défenseur des droits réitère en outre ses recommandations à la ministre des Affaires sociales et de la Santé et à la Fédération hospitalière de France (FHF) tendant à ce que de tels rappels du droit applicable soient également effectués, par voie d'instruction, à l'endroit des hôpitaux publics, étant précisé, pour ces derniers, que l'interdiction de se substituer aux CPAM ne saurait faire obstacle à l'accomplissement des missions d'aide à l'accès aux soins de santé, lesquelles peuvent se concrétiser par l'étude des droits à une couverture maladie des intéressés.**

#### **b. Les refus de soins fondés sur le type de protection maladie**

Depuis la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, dite loi HPST, les refus de soins fondés sur le type de protection sociale sont expressément prohibés par la loi et constitutifs d'une discrimination<sup>383</sup>.

Cette prohibition légale n'a toutefois pas suffi à enrayer les refus de soins opposés à certains publics précaires bénéficiaires de la CMU « complémentaire » (CMU-C), de l'accès à la complémentaire santé (ACS) ou de l'AME. Il ressort du rapport que le Défenseur des droits a publié en mars 2014 sur les refus de soins opposés à ces publics<sup>384</sup> que, lorsque ces refus ne sont pas le simple reflet des stéréotypes qui s'attachent à ce type de patients, les professionnels invoquent, pour les justifier, le surcoût administratif, voire financier, qu'implique pour eux la prise en charge de ces personnes.

Alors que la circulaire n° 33-2008 de la CNAM du 30 juin 2008 a permis de développer un suivi quantitatif et qualitatif des refus de soins opposés aux personnes relevant de la CMU-C, aucun dispositif comparable n'existe s'agissant des refus opposés aux bénéficiaires de l'AME. Pourtant, plusieurs éléments permettent d'affirmer que ces derniers sont encore plus exposés à de tels refus. L'invocation par les médecins de contraintes administratives plus lourdes liées à la prise en charge des personnes relevant de la CMU-C ne pourrait qu'être réitérée à l'égard des patients « AME » : ces derniers n'ayant pas de carte vitale, les médecins ne peuvent recourir à la télétransmission et sont contraints de remplir des formulaires, ce qui accroît les délais de remboursement du médecin par la CPAM. Par ailleurs, les médecins ont une moins bonne connaissance des droits dont disposent les bénéficiaires de l'AME, ceux-ci étant 300 000 en France, contre 5,5 millions pour la CMU-C. Enfin, le fait que la population concernée soit non seulement étrangère mais également en situation irrégulière est de nature à favoriser les situations de rejet. Un testing effectué

par l'association Médecins du Monde en 2006, avait d'ailleurs révélé que, si près d'un médecin sur dix refusaient des soins aux patients relevant de la CMU complémentaire, près de quatre sur dix refusaient les soins aux bénéficiaires de l'AME ou tentaient de les dissuader de venir les consulter.

Ainsi, l'institution se trouve régulièrement saisie de refus de soins fondés sur le fait que le patient est bénéficiaire de l'AME, notamment par des médecins exerçant à titre libéral. Or, ces refus, de fait opérés en raison de la nationalité des patients, sont discriminatoires et prohibés par l'article L.1110-3 du code de la santé publique. Par décision n° [MSP-2015-039](#), le Défenseur a eu l'occasion de présenter des observations devant les juridictions ordinaires.

**Aussi, dans la continuité des propositions formulées dans son rapport au Premier ministre relatif aux refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME, le Défenseur des droits recommande que :**

- **un suivi quantitatif et qualitatif des refus de soins opposés aux bénéficiaires de l'AME soit mis en place, à l'instar de celui qui est prévu par la circulaire n° 33-2008 de la CNAM du 30 juin 2008 pour les titulaires de la CMU-C ;**
- **la ministre des Affaires sociales et de la Santé organise, en partenariat avec l'assurance maladie, les ordres professionnels de santé et les associations, une campagne d'information à destination des professionnels – et notamment des professionnels exerçant à titre libéral – dans le but de les sensibiliser à la notion de refus de soins opposés aux bénéficiaires de l'AME et de leur rappeler les termes et la portée de l'article L.1110-3 du code de la santé publique, lequel prohibe les refus de soins discriminatoires ou fondés sur le type de protection maladie ;**
- **la Fédération de l'hospitalisation privée, la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne privés non lucratifs et la Fédération hospitalière de France veillent au respect par leurs établissements membres du droit applicable en matière d'accès aux soins des ressortissants étrangers.**

**c. Le cas particulier des refus d'interruptions volontaires de grossesse (IVG) opposés aux femmes étrangères démunies et sans droits ouvrables**

Sur le terrain des refus de soins dont sont victimes les ressortissants étrangers, le Défenseur des droits est saisi de refus d'IVG opposés à des femmes étrangères démunies, non affiliées à l'assurance mala-

die et non bénéficiaires de l'AME. Or, ces refus de soins spécifiques portent atteinte non seulement au droit fondamental à la protection de la santé, mais aussi à « *la liberté de la femme* » de se faire avorter qui, selon le Conseil constitutionnel, « *découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »<sup>385</sup>.

**En premier lieu**, ces pratiques, observées par le planning familial et appelées par le Défenseur des droits dans son rapport, concernent des femmes ne disposant pas de droit au séjour mais qui ne sont pas pour autant titulaires de l'AME parce qu'elles vivent en France depuis moins de 3 mois ou parce qu'elles ne parviennent pas à en rapporter la preuve.

Ces femmes relèvent toutefois du dispositif des soins urgents et vitaux (DSUV) prévu à l'article L.254-1 du CASF. En effet, si le DSUV est un dispositif subsidiaire qui se borne à permettre la couverture des « *soins urgents et vitaux* », la circulaire ministérielle du 16 mars 2005 précise toutefois expressément que l'IVG, quelle que soit son motif, est prise en charge au titre de ce dispositif<sup>386</sup>.

**En second lieu**, le Défenseur des droits a été saisi également, par le biais d'associations, de refus d'IVG opposés à des femmes démunies et dépourvues de couverture médicale mais non dépourvues de droit au séjour.

Il s'agissait en l'occurrence d'une femme arrivée en France avec un visa long séjour pour rejoindre son conjoint français mais qui ne pouvait bénéficier du statut d'ayant droit majeur car elle n'avait pas encore sa carte de séjour<sup>387</sup>, et d'une ressortissante de l'Union européenne arrivée en France depuis moins de 3 mois. A ces deux femmes, l'hôpital a demandé qu'elles s'acquittent, avant tout acte médical, du paiement de l'IVG, considérant qu'elles ne pouvaient bénéficier du DSUV faute de se trouver en séjour irrégulier.

Or, ces femmes, particulièrement démunies, se trouvaient dans l'incapacité de réunir la somme demandée. Ainsi, le soin a pu être prodigué à la première uniquement grâce à l'intervention d'une association ayant avancé les frais, tandis que la seconde a dû rechercher un autre lieu de soins.

Le Défenseur des droits s'interroge sur la légalité de la pratique consistant à subordonner l'accès aux soins au paiement préalable de l'acte. En effet, celle-ci semble s'apparenter à un refus de soins contraire aux obligations légales et déontologiques du médecin et notamment à l'article L.1110-1 du code de la santé publique, lequel dispose que « *le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes*

*d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible ».*

S'agissant d'un refus d'IVG, la pratique semble en outre aller à l'encontre des dispositions de l'article R.4127-47 alinéa 2 du code de la santé publique, aux termes desquelles le droit dont dispose le médecin de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles se limite aux cas non caractérisés par l'urgence. En effet, la circulaire du 16 mars 2005 relative à la prise en charge des soins urgents admet que les IVG figurent au titre de ces soins, étant précisé que « les conditions de délai régissant l'accès à ces actes donnent un fondement légal à l'urgence de l'intervention »<sup>388</sup>.

D'ailleurs, une lecture stricte des termes de la circulaire laisse à penser que l'évaluation de la situation administrative du patient démunie et sans droits ouvrables apparents ne devrait pas entraver la délivrance des soins, la facturation des soins d'ores et déjà dispensés ne devant intervenir, le cas échéant, qu'après que toutes les possibilités de prise en charge au titre des dispositifs existants aient été écartées : « si le patient ne peut prétendre à une prise en charge au titre des soins urgents, ni à aucune autre couverture maladie, la totalité des frais relatifs aux soins dont il a bénéficié lui est facturée ».

**En troisième lieu** et au-delà de l'illégalité des refus d'IVG opposés à ces patientes, le Défenseur des droits s'interroge sur l'existence d'un vide juridique s'agissant de la prise en charge des personnes étrangères démunies non titulaires de l'AME et non éligibles au DSUV car séjournant régulièrement sur le territoire.

Aussi, avant de rendre une décision cadre sur les refus d'IVG opposés aux femmes étrangères démunies et sans droits ouvrables, le Défenseur entend procéder à l'instruction approfondie de ces dossiers mettant non seulement en jeu le droit à la protection de leur santé, mais également une liberté constitutionnelle spécifique aux femmes découlant de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

**D'ores et déjà, le Défenseur des droits recommande :**

- **à la ministre des Affaires sociales et de la Santé, à la Fédération hospitalière de France (FHF), à la Fédération de l'hospitalisation privée (FHP) et à la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP) de rappeler à l'ensemble hôpitaux publics, ainsi qu'aux cliniques et hôpi-**

**taux privés, la portée du dispositif « soins urgents et vitaux » et les soins susceptibles d'être pris en charge au titre de ce dispositif, soins parmi lesquels figure l'IVG ;**

- **à la ministre des Affaires sociales et de la Santé, qu'une réforme législative soit initiée en vue de modifier l'article L.254-1 du CASF afin d'inclure au titre des bénéficiaires du dispositif « soins urgents et vitaux » les étrangers sans droits ouvrables, séjournant régulièrement en France, et ayant vocation à s'y installer durablement.**

## B. LE DROIT AU LOGEMENT ET À L'HÉBERGEMENT D'URGENCE

Expressément consacré depuis plusieurs décennies par le droit international<sup>389</sup>, le droit au logement bénéficie, en droit interne, d'une attention croissante. Au début des années 1980, le législateur, soucieux de renforcer la protection des intérêts du locataire, a ainsi consacré le droit à l'habitat, puis au logement<sup>390</sup>, comme des droits fondamentaux. Au tournant des années 1990, le droit au logement s'est vu affirmé dans sa dimension sociale. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 mai 1990, dite loi Besson, dispose ainsi que : « *Garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation. Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir* ». Pour mettre en œuvre cette conception solidariste du droit au logement, la loi a créé deux outils : le plan départemental pour le logement des personnes défavorisées (PDLPD) et le Fonds de solidarité pour le logement (FSL). Par la suite, les lois prévoyant des mesures visant à accroître l'accès au logement se sont multipliées<sup>391</sup>.

En dépit de ces affirmations législatives, l'effectivité du droit au logement se heurtait pourtant à l'absence de reconnaissance d'un droit directement invocable devant les juridictions. En effet, si le Conseil constitutionnel a progressivement conféré une dimension constitutionnelle à la protection du droit au logement, il s'est néanmoins refusé à lui donner une dimension subjective<sup>392</sup>. S'appuyant sur la lettre de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat en avait déduit qu'il n'existait pas de droit au logement ayant rang de principe constitutionnel et dont l'exercice présenterait le caractère d'une liberté fondamentale<sup>393</sup>.

Finalement, en réponse à de fortes mobilisations associatives, le législateur est intervenu pour conférer au droit au logement un caractère opposable (DALO)<sup>394</sup>, suivant en cela la proposition plusieurs fois réitérée du Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées.

Pour mettre en œuvre cette garantie, il est prévu que les personnes sans logement, les personnes menacées d'expulsion sans relogement, ou encore les personnes hébergées temporairement puissent exercer un recours administratif devant une commission départementale laquelle peut demander au préfet de procurer un logement aux personnes dont elle a jugé les demandes urgentes et prioritaires. En cas d'inaction du préfet, ces personnes peuvent exercer un recours contentieux devant le juge administratif, lequel peut condamner le préfet au paiement d'une astreinte. D'abord réservé aux personnes désignées comme prioritaires par la commission départementale, ce recours contentieux est ouvert, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, à tous les demandeurs de logement social.

Les études menées depuis la mise en place de la procédure du DALO montrent que les étrangers ressortissants de pays tiers à l'Union européenne sont surreprésentés parmi les personnes reconnues prioritaires au titre de cette procédure : alors qu'ils ne représentent que 15 % de la totalité des demandeurs d'un logement social, ils représentent 41 % des demandeurs reconnus prioritaires au titre du DALO. Cette surreprésentation est un indice des difficultés plus grandes rencontrées par les étrangers dans l'accès au logement. Ces derniers semblent en effet constituer une cible privilégiée de discriminations. En témoignent les décisions rendues par le Défenseur des droits, et avant lui la Halde, constatant des discriminations fondées sur la nationalité ou qui, fondées sur l'origine, sont indirectement susceptibles d'avoir affecté des étrangers (voir par exemple la décision n° [2013-236](#) concernant une annonce de location qui précisait « PAS DE PERSONNES NOIRES MERCI »). Ces décisions concernent en général des cas de bailleurs, privés ou professionnels qui sélectionnent les candidats à la location sur la base de critères discriminatoires (voir les délibérations de la Halde n°s [2006-130](#), [2007-190](#), et [2009-312](#)).

Or, en dépit du risque de discrimination auquel ils se trouvent particulièrement exposés, les étrangers ne semblent bénéficier que plus difficilement des efforts menés au niveau législatif pour renforcer l'effectivité du droit au logement, plusieurs facteurs concourant en effet à ce que l'accès au logement leur soit rendu plus difficile (1). Du fait de ces difficultés spécifiques, les étrangers doivent, trop souvent, se tourner vers les structures d'hébergement d'urgence mises en place sur le fondement de l'article L.345-2-2 du CASF. Or, dans ce domaine, ils bénéficient de garanties moindres en raison de la remise en cause, depuis quelques années, du principe d'inconditionnalité du droit à l'hébergement d'urgence (2). Par ailleurs, il convient d'évoquer le cas spécifique des demandeurs d'asile : alors que le droit de l'Union euro-

péenne impose de leur assurer des conditions matérielles d'accueil décentes incluant un logement, l'effectivité de ce droit se heurte à des entraves posées en droit comme en pratique (3).

## **1. Les tentatives de restriction de l'accès au logement, sources potentielles de discriminations...**

### **a. Une volonté de rendre plus difficile l'accès au DALO**

Depuis 1986, l'accès au logement social est subordonné en France à une condition de régularité du séjour<sup>395</sup>. Créé par la loi du 5 mars 2007, le droit opposable à un logement décent et indépendant se trouve subordonné à ces mêmes conditions de régularité et de permanence du séjour<sup>396</sup>. Toutefois, s'agissant du DALO, un premier décret d'application précisant les contours de ces conditions subordonnait, pour certains étrangers, son accès à une durée de résidence préalable de deux ans sur le territoire français et à la possession de l'un des titres de séjour exhaustivement énumérés, excluant du bénéfice de ce droit les étrangers séjournant régulièrement sur le territoire sous couvert d'autres titres.

Saisie par plusieurs associations, la Halde avait conclu au caractère discriminatoire de cette condition de résidence et par deux délibérations avait, d'une part, recommandé aux autorités compétentes d'abroger les dispositions du code de la construction et de l'habitat (CCH) prévoyant la condition de résidence contestée et, d'autre part, décidé de porter ses observations devant le Conseil d'Etat saisi d'une requête en annulation. Dans une décision du 11 avril 2012, le Conseil d'Etat a suivi ces observations et annulé les dispositions litigieuses du décret. Aussi, les conditions d'accès des ressortissants étrangers au DALO sont désormais alignées sur celles de l'accès au logement social et précisées par le décret n° 2012-1208 du 30 octobre 2012.

Toutefois, s'il a toujours été clair que la condition de régularité de séjour s'agissant de l'accès au logement social, s'appliquait à l'ensemble des membres du foyer en vertu de l'article R.441-1 du CCH, aucune disposition législative ou réglementaire ne l'imposait pour les candidats au DALO. Seuls les demandeurs semblaient concernés par une telle exigence au regard de l'article R.300-2 du CCH dans sa version initiale, même si un simple arrêté de 2010 l'évoquait déjà.

Plusieurs juges du fond ont opté pour une lecture à la lettre de la réglementation et censuré les décisions de refus des Commissions de médiation motivées par l'absence de régularité de séjour de l'ensemble du foyer. Dans une décision n° 322326 du 26 novembre 2012, le Conseil d'Etat a mis un terme aux interprétations divergentes développées par les juridictions, en considérant que peuvent bénéficier du DALO les demandeurs qui satisfont « *aux conditions réglementaires*



*d'accès à un logement locatif social* », au nombre desquelles figure la régularité du séjour de tous les membres du foyer, conformément aux articles L.441-1 et R.441-1 du CCH<sup>397</sup>. Fort de cette décision, le décret précité du 30 octobre 2012 est venu modifier l'article R.300-2 du CCH pour mentionner expressément que cette exigence de régularité du séjour est étendue à tous les membres majeurs du foyer.

Cette décision est cohérente puisqu'elle permet d'éviter que des demandeurs bénéficient du droit au logement opposable alors qu'ils ne peuvent prétendre à l'obtention d'un logement locatif social. Déclarés prioritaires, ces demandeurs risquaient peut-être de se voir refuser la location du logement social convoité si les bailleurs, à l'issue d'une procédure DALO, revérifiaient la condition de régularité de séjour, ce qui n'est pas certain. Toute logique qu'elle soit, cette solution durcit néanmoins les conditions d'accès des étrangers au logement opposable – sans qu'il ne puisse être affirmé que la volonté du législateur en 2007 était bien celle-là<sup>398</sup> – dans un contexte où, nous l'avons vu, ceux-là se trouvent plus particulièrement victimes de discriminations.

#### **b. Le décret du 5 novembre 2015 : une source potentielle d'entraves à l'accès au parc locatif privé**

Plus récemment, le Défenseur a porté son attention sur la formulation retenue par le décret n° 2015-1437 du 5 novembre 2015 qui fixe, en application de la loi ALUR du 24 mars 2014, une liste limitative des pièces susceptibles d'être exigées du candidat à la location par un bailleur privé.

Jusqu'alors, l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 établissait la liste des pièces que le bailleur ne pouvait pas demander au candidat à la location. C'est dans l'intention de mettre un terme à certaines pratiques abusives et de mieux protéger les intérêts du candidat à la location que la loi ALUR a décidé que soit établie une liste limitative des pièces non plus prohibées, mais exigibles par le bailleur privé. Aux termes du décret du 5 novembre 2015, ces documents concernent quatre types d'informations : l'identité des candidats et de leur caution, leur domicile, leur activité professionnelle et leurs revenus. Or, au titre des pièces justificatives d'identité, le décret prévoit que le bailleur puisse demander un « *document justifiant du droit au séjour du candidat à la location étranger* ».

Le Défenseur s'inquiète de la lecture qui pourrait être faite de ces dispositions par les bailleurs privés. En effet, en visant expressément « *le candidat à la location étranger* », les termes du décret pourraient laisser supposer que celui-ci doit satisfaire à une condition de régularité de séjour. Or, si l'accès au logement social est bien subordonné à une telle condition, il n'en est rien s'agissant de l'accès au parc locatif

privé. En revanche, les bailleurs privés sont tenus de ne pas refuser des candidats à la location sur des motifs discriminatoires prohibés par la loi<sup>399</sup>. Une pratique qui consisterait à refuser le dossier d'un candidat à la location de nationalité étrangère au motif qu'il ne présenterait pas de titre de séjour en cours de validité alors même qu'il justifierait par ailleurs de son identité par la production d'un autre document mentionné par le décret (carte nationale d'identité étrangère ou passeport notamment) reviendrait à subordonner l'accès à la location des seuls étrangers à des conditions et contrôles supplémentaires. Non prévue par les textes, cette subordination caractérise une discrimination prohibée fondée sur la nationalité.

Le Défenseur estime que la formulation retenue pour le décret du 5 novembre 2015, par ses ambiguïtés, est susceptible d'encourager le développement de telles pratiques d'autant qu'il ne précise pas expressément que seule une pièce d'identité est susceptible d'être exigée<sup>400</sup>. De plus, si le document justifiant du droit au séjour du candidat étranger à la location n'est mentionné que dans la mesure où il peut permettre au bailleur de s'assurer de l'identité du candidat, on peut s'étonner qu'un tel document ne figure plus dans la liste des documents susceptibles d'être demandés au titre des justificatifs de l'identité de la caution.

Enfin, le décret précise que les pièces justificatives d'identité doivent porter la signature de leur titulaire. Sur ce point, le Défenseur des droits a déjà formulé des recommandations s'agissant des justificatifs d'identité requis pour l'ouverture d'un compte bancaire. Une telle exigence de signature institue en effet une discrimination fondée sur la nationalité dès lors qu'elle conduit à l'exclusion de certains droits des ressortissants roumains, la carte d'identité roumaine ne comportant pas la signature de son titulaire (décision n° [MLD-2015-098](#)<sup>401</sup>).

**Aussi, pour réduire les risques de voir les étrangers subir des discriminations fondées sur la nationalité dans l'accès au parc locatif privé, le Défenseur des droits recommande :**

- que les termes du décret n° 2015-1437 du 5 novembre 2015 soient précisés de façon à faire apparaître clairement qu'il n'existe aucune condition de régularité de séjour opposable au candidat étranger à la location d'un bien privé ;
- avec les mêmes réserves, que le document justifiant du droit au séjour soit ajouté au titre des documents susceptibles d'être produits par la caution pour justifier de son identité (Annexe II, A.) ;

- que soient admises, au titre de justificatif d'identité, les cartes ne comportant pas de signature lorsque cette formalité n'est pas prévue par l'Etat ayant émis le titre (Annexe I, A et II, A).

### 1. ...dans le contexte d'une remise en cause du droit à l'hébergement d'urgence

L'article L.345-2-2 du code de l'action sociale et des familles (CASF) dispose que « toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique et sociale a accès, à tout moment, à un dispositif d'hébergement d'urgence ». Ce faisant, la loi consacre expressément un principe d'inconditionnalité de l'accueil en vertu duquel toute personne à la rue, quelle que soit son origine ou sa situation au regard du séjour en France, doit pouvoir bénéficier de l'accès à ce service si elle est sans abri et en situation de détresse. Cette prise en charge est assurée *via* le dispositif de veille sociale qui est chargé de délivrer les prestations suivantes imposées par la loi : gîte, couvert, évaluation médicale, psychique et sociale, orientation vers tout professionnel ou structures susceptibles d'apporter l'aide justifiée par son état<sup>402</sup>.

Pourtant, depuis quelques années, dans un contexte de saturation des dispositifs d'hébergement, l'inconditionnalité du droit à l'hébergement d'urgence se trouve progressivement remise en cause en dépit de cette consécration légale.

Ainsi, en 2010, la presse révélait l'existence d'instructions illégales émises par certaines préfectures, tendant à encourager des pratiques de priorisation des publics sollicitant un hébergement d'urgence, notamment au regard de la régularité de leur situation administrative. Ces instructions ciblaient en particulier les personnes déboutées du droit d'asile devenues, selon les termes du journaliste « *la variable d'ajustement au problème de déficit de places* » dans les centres d'hébergement d'urgence<sup>403</sup>. A l'époque, ces pratiques s'étaient vues fermement condamnées, notamment par la FNARS, mais également par le Secrétaire d'Etat au Logement qui réaffirmait le principe de l'inconditionnalité de l'accueil d'urgence. En 2007, le chef de l'Etat avait d'ailleurs lui-même rappelé ce principe, à la suite d'un amendement controversé voté par l'Assemblée nationale en faveur de l'exclusion des personnes en séjour irrégulier des centres d'hébergement d'urgence<sup>404</sup>.

Toutefois, ces pratiques ont perduré et se sont mêmes vues formalisées dans certains départements. Ainsi, en 2011, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative à l'existence de traitements sélectifs opérés pour l'attribution des places d'hébergement d'urgence dans le Département du Haut-Rhin. Les associations ver-

saient au dossier le cahier des charges établi par le département pour préciser les missions et conditions de fonctionnement de l'opérateur « urgence », chargé de coordonner l'attribution des places d'hébergement dans le département. Après avoir rappelé les principes fondamentaux qui devaient guider l'action de l'opérateur (inconditionnalité de l'accueil et principe de non-discrimination dans l'accès au service public), le document précisait que la coordination de l'attribution des places devait être effectuée au regard de trois paramètres : la situation familiale du demandeur, sa vulnérabilité et, enfin, son statut administratif. Pour déterminer ce statut, une distinction était opérée entre, d'une part, « *le public de droit commun* » et, d'autre part, les demandeurs d'asile et les personnes déboutées du droit d'asile. Enfin, il était indiqué que « *en cas de saturation des places d'hébergement d'urgence, il est nécessaire de prioriser le public de droit commun* ».

Or, alors que ces pratiques tendaient à remettre frontalement en cause le principe de l'inconditionnalité du droit à l'hébergement, elles semblent aujourd'hui confortées par la jurisprudence administrative. En effet, si le juge des référés du Conseil d'État a érigé ce droit à l'hébergement d'urgence au rang de liberté fondamentale<sup>405</sup>, il entend également tenir compte des difficultés rencontrées par l'administration pour assurer l'effectivité de ce droit dans un contexte de saturation des dispositifs. Aussi, il considère « *qu'il incombe au juge des référés d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée* ». Le juge engage ainsi l'administration à hiérarchiser les demandes en tenant compte de l'état de vulnérabilité des personnes concernées.

Confrontées à des situations d'extrême vulnérabilité, les autorités peuvent ainsi être tenues d'une obligation de moyens renforcée. En ce sens, le juge des référés du Conseil d'État a estimé que ni l'absence de places disponibles, ni celle de crédits budgétaires ne suffisaient à exonérer l'État de son obligation lorsque l'intéressé était mineur<sup>406</sup>. De la même manière, le juge des référés du Tribunal administratif de Limoges a considéré que l'atteinte au droit inconditionnel à l'hébergement d'urgence était caractérisée, et cela malgré la saturation du dispositif d'accueil, dans une affaire relative à une mère isolée ayant à sa charge deux enfants en bas âge, dont un souffrant d'une cardiopathie<sup>407</sup>.

En revanche, les juridictions semblent également engager l'administration à faire primer le statut administratif des personnes déboutées du droit d'asile sur l'état de vulnérabilité de ces dernières. Ainsi, le juge des référés du Conseil d'État considère que le bénéfice des dis-

positions du CASF relatives à l'hébergement d'urgence « *ne peut être revendiqué par l'étranger dont la demande d'asile a été définitivement rejetée et qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement contre laquelle les voies de recours ont été épuisées qu'en cas de circonstances particulières, faisant apparaître, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, une situation suffisamment grave pour faire obstacle à ce départ* »<sup>408</sup>. En ce sens, il a jugé qu'un couple de ressortissants angolais déboutés de l'asile, parent de quatre enfants, ne justifiait pas d'une situation de détresse telle qu'elle imposait une prise en charge au titre de l'hébergement d'urgence, alors même qu'il n'était pas contesté que l'état de santé dans lequel se trouvait les deux parents était « *incompatible avec leur maintien dans la rue* »<sup>409</sup>. Des différents cas d'espèce sur lesquels le juge des référés a pu se prononcer, il ressort ainsi que la situation de vulnérabilité de requérants déboutés de l'asile n'était jamais de nature à entrer dans le champ des situations « *suffisamment graves* » pour faire obstacle à leur départ et donc justifier que leur soit attribuée une place d'hébergement d'urgence. Ces cas d'espèce traités par la jurisprudence la plus récente du juge de l'urgence illustrent la limite portée au droit à l'hébergement d'urgence des demandeurs d'asile déboutés, limite qui, du reste, a rapidement trouvé sa traduction dans deux circulaires du 11 mars 2013 et du 19 juillet 2013<sup>410</sup>.

Le Défenseur a conscience que le juge des référés, dans le cadre de son office, apprécie le caractère grave et manifeste d'une illégalité au regard de l'ensemble du comportement de l'administration et en particulier des moyens dont elle dispose. Il n'entend donc pas discuter le fait que, tenu par un principe de réalité, le juge de l'urgence ait pu estimer, au regard des circonstances propres à chaque espèce qui lui était soumise, ne pas devoir ordonner à l'administration de prendre des mesures qu'elle ne pouvait exécuter. Toutefois, le Défenseur s'inquiète de ce que ces jurisprudences puissent encourager l'administration à opposer des refus systématiques aux demandes d'hébergement présentées par des déboutés de l'asile, sans que leur situation particulière ne soit prise en compte. Des refus automatiques seraient en effet illégaux car contraires au droit incondicional à l'hébergement d'urgence consacré par la loi.

Par ailleurs, dans deux décisions (n<sup>os</sup> [MDE-MSP-MLD-2015-154](#) et [MDE-MSP-MLD-2015-156](#)), le Défenseur a ainsi considéré que le refus d'accorder un hébergement d'urgence à des familles de demandeurs d'asile déboutés se trouvant dans des situations d'extrême vulnérabilité, caractérisées notamment par le fait que ces familles comptaient plusieurs enfants mineurs dont certains atteints de handicaps ou de pathologies lourdes nécessitant des soins médicaux, apparaissait contraire à plusieurs textes internationaux, et en particulier à l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 de la Convention des

droits de l'enfant et à l'article 31-2 de la Charte sociale européenne révisée. Il a en outre estimé que la différence de traitement, qui se trouvait de fait réservée aux demandeurs d'asile déboutés dans l'accès au droit inconditionnel à l'hébergement d'urgence consacré par la loi, était susceptible d'emporter une violation de l'article E de la Charte sociale européenne révisée ainsi que des articles 3, 8 et 14 combinés de la Convention EDH. Dans ces deux affaires, le préfet a finalement octroyé une place en hébergement d'urgence aux familles concernées et s'est désisté de l'instance.

**Dans ce contexte, le Défenseur des droits entend rappeler le caractère inconditionnel du droit à l'hébergement d'urgence consacré par la loi. A cet égard, il incombe aux pouvoirs publics de tirer les conséquences de ce principe et de tout mettre en œuvre pour produire une offre d'hébergement adéquate, la sélection des personnes concernées ne pouvant, en tout état de cause, constituer la variable d'ajustement d'un dispositif inadapté à la demande.**

**Plus précisément, il rappelle également que, lorsqu'elles se trouvent confrontées à des situations d'extrême vulnérabilité, caractérisées notamment par la présence d'enfants en bas âge, de personnes âgées, malades ou encore handicapées, les autorités publiques auxquelles il incombe de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence se trouvent tenues d'une obligation de moyens renforcée.**

**Enfin, le Défenseur se réserve la possibilité d'intervenir dans le cadre d'une tierce-intervention devant la Cour EDH dans le cas où celle-ci se trouverait saisie d'une requête introduite par des demandeurs d'asile déboutés et exclus des dispositifs d'accueil d'urgence en dépit de leur situation d'extrême vulnérabilité.**

## **2. Demandeurs d'asile : des entraves à l'accès aux conditions matérielles d'accueil**

Le droit des demandeurs d'asile à bénéficier de conditions matérielles d'accueil décentes, inscrit dans la directive européenne 2003/9/CE du 27 janvier 2003, dite « Directive Accueil », a été réaffirmé par les directives de 2013 dites « Refonte ». Ces directives mettent en place un régime européen commun d'asile garantissant à tout demandeur un niveau de vie digne et des conditions minimales d'accueil. Ces conditions comprennent le logement, la nourriture, l'habillement, ainsi qu'une allocation journalière.

Ce droit est en outre protégé par la Cour EDH qui estime que « *l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait partie du droit positif* » et « *pèse sur [les*

*États de l'Union européenne], en vertu des termes de la législation nationale qui transpose la Directive Accueil »<sup>411</sup>.*

Depuis sa création, le Défenseur a relevé à plusieurs reprises les difficultés rencontrées par les demandeurs d'asile pour accéder à des conditions matérielles d'accueil décentes : lors de son audition le 9 avril 2013, par M. Mathias Fekl, parlementaire en mission auprès du ministre de l'Intérieur, d'abord, et dans le cadre d'observations portées devant la Cour EDH, ensuite (décisions n<sup>os</sup> [MSP-2014-087](#) et [MSP-2015-221](#)). La réforme de l'asile entrée en vigueur en juillet 2015<sup>412</sup> poursuivait entre autres l'objectif d'améliorer, dans un sens conforme aux exigences européennes, le dispositif français d'accueil des demandeurs d'asile. Auditionné par la Commission des lois de l'Assemblée nationale puis par celle du Sénat, le Défenseur s'est prononcé sur les modalités d'accès aux conditions matérielles d'accueil prévues par le projet de réforme (délais, information et accompagnement des demandeurs, évaluation de la vulnérabilité préalable à l'offre de prise en charge, cas de refus, retrait, ou suspension) ainsi que sur la teneur même de ces conditions (dispositif d'hébergement directif et contraignant, création de l'allocation pour demandeurs d'asile, prestations spécifiques à l'Outre-mer). S'il a salué plusieurs améliorations, il a également émis de vives réserves sur différents points (avis n<sup>os</sup> [14-10](#) du 6 novembre 2014 et [15-05](#) du 1<sup>er</sup> avril 2015).

Quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 2015, il est encore trop tôt pour appréhender l'ensemble des retombées de la réforme. Toutefois, le Défenseur des droits a d'ores et déjà connaissance de certaines difficultés relatives à sa mise en œuvre, et notamment à la mise en place de l'allocation pour demandeurs d'asile (ADA). Prévue à l'article L.744-9 du CESEDA, l'ADA remplace depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2015 l'allocation mensuelle de subsistance (AMS) et l'allocation temporaire d'attente (ATA), respectivement versées auparavant aux demandeurs d'asile selon qu'ils étaient ou non hébergés en CADA. Elle est versée sous conditions d'âge (plus de dix-huit ans) et de ressources au demandeur d'asile qui a accepté les conditions matérielles d'accueil proposées par l'OFII.

Dans son avis n<sup>o</sup> [14-10](#) du 6 novembre 2014, le Défenseur demandait au pouvoir réglementaire de veiller à prendre en compte, lors de la détermination du montant de l'ADA l'ensemble des critères établis par la CJUE. Dans un arrêt du 27 février 2014, la Cour de Justice a en effet précisé que l'aide financière octroyée au titre des conditions matérielles d'accueil devait être « *suffisante pour garantir un niveau de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile (...) en leur permettant de disposer notamment d'un logement, le cas échéant, sur le marché privé de la location* »<sup>413</sup>.

Le barème et les modalités de versement de l'allocation ont été fixés par un décret du 21 octobre 2015<sup>414</sup>. Il est ainsi prévu que le montant de l'allocation varie, en fonction de la composition familiale, de 6,80 euros pour une personne seule hébergée dans un lieu dédié aux demandeurs d'asile<sup>415</sup> ou dans un centre d'hébergement d'urgence de droit commun<sup>416</sup>, à 37,40 euros pour une famille de dix personnes hébergée dans les mêmes conditions. Les familles ayant accepté l'offre de prise en charge proposée par l'OFII et ne disposant d'aucune place d'hébergement bénéficient de 4,20 euros supplémentaires par jour et par personne adulte. Or, il est regrettable que cette majoration ne tienne pas compte du nombre d'enfants composant la famille. Un tel choix semble en effet peu conforme aux exigences fixées par la CJUE, laquelle précise que les allocations doivent être suffisantes pour « *pour préserver l'unité familiale ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant* »<sup>417</sup>. Il conduit en outre à une situation paradoxale où les parents isolés se verront verser une allocation moindre que les couples alors même que leur isolement les place dans une situation de plus grande vulnérabilité. De plus, les montants retenus par le nouveau décret représentent, pour beaucoup de demandeurs d'asile, une perte significative en comparaison de ce qu'ils pouvaient percevoir sous l'empire de l'ancienne législation<sup>418</sup>. C'est particulièrement vrai pour les demandeurs d'asile hébergés dans les centres d'hébergement d'urgence de droit commun : alors qu'ils percevaient auparavant la même allocation que les demandeurs non hébergés (11 euros par jour environ), leur allocation est désormais modulée en fonction du nombre de jours où ils ont bénéficié d'une place en hébergement d'urgence. Etant donné la saturation du dispositif et le caractère non pérenne des places proposées, cette modulation risque d'aboutir dans les faits à ce que les personnes hébergés dans le dispositif de droit commun bénéficient, certains mois, d'une allocation minorée sans être pour autant assurées de pouvoir, en contrepartie, bénéficier d'une place d'hébergement.

Enfin, le décret ajoute des possibilités de suspension des versements non prévues par loi<sup>419</sup>, notamment lorsque le demandeur d'asile se serait, sans justification valable, absenté de son lieu d'hébergement pendant plus de 5 jours. Un tel ajout semble réintroduire, par la voie réglementaire, le principe d'un contrôle des déplacements du demandeur hébergé en CADA, principe pourtant condamné par le Défenseur dans son avis n° [15-20](#), et finalement abandonné par le législateur au cours des débats sur le projet de réforme du droit d'asile.

Pour toutes ces raisons, il est permis de douter de la conformité du décret du 21 octobre au droit de l'Union européenne, de même que de sa légalité. Celui-ci a d'ailleurs été déféré au Conseil d'Etat par la voie d'un référé-suspension. Si le juge des référés a rejeté la requête



pour défaut d'urgence<sup>420</sup>, la décision au fond de la haute juridiction est toujours attendue.

Outre ces réserves quant à la teneur même du décret, le Défenseur a par ailleurs été saisi d'importantes difficultés relatives à sa mise en œuvre et notamment de la situation, à Nice, de 22 demandeurs d'asile n'ayant perçu aucun versement depuis le passage à l'ADA. Cette situation est apparue d'autant plus préoccupante qu'il ne s'agissait pas d'un cas isolé. Par courrier du 12 janvier 2016, le Défenseur des droits a ainsi demandé au Directeur de l'OFII de lui faire part de ses observations sur cette situation. Quelques jours plus tard, le juge administratif, saisi en urgence, a considéré qu'une interruption de paiement liée aux transferts des compétences de l'attribution des conditions matérielles d'accueil à l'OFII portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile<sup>421</sup>. A ce jour, le courrier adressé par le Défenseur des droits au Directeur de l'OFII demeure toutefois sans réponse.

A ces interruptions de paiement s'ajoutent d'importantes lacunes dans l'information délivrée aux demandeurs d'asile. Il semblerait en effet que ces derniers, contrairement à ce que prévoit la loi<sup>422</sup>, ne soient pas toujours informés dans une langue qu'ils comprennent des conséquences d'un refus de l'offre de prise en charge qui leur est proposée. De plus, ils ne reçoivent aucune attestation confirmant qu'ils ont déposé un dossier de demande d'ADA complet et, une fois leur dossier validé, les attestations de paiement mensuelles ne précisent pas les éléments pris en compte pour le calcul du montant de la prestation, bien que ce montant soit susceptible de varier d'un mois à l'autre.

Par ailleurs, il semble que les personnes demandant un réexamen de leur demande d'asile se heurtent à des difficultés spécifiques, certains guichets leur opposant systématiquement, et oralement, des refus d'ADA. De telles pratiques outrepassent le cadre fixé par la loi, qui prévoit seulement que les conditions matérielles peuvent être refusées à la personne présentant une demande de réexamen<sup>423</sup>. Le juge des référés a ainsi considéré que la décision orale de l'OFII reportant, au-delà de 3 mois, l'instruction de la demande d'ADA présentée par un couple en procédure de réexamen, sans vérifier leur situation de vulnérabilité, portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile<sup>424</sup>.

Enfin, le décret du 21 octobre 2015 tire logiquement les conséquences de la loi du 29 juillet 2015 s'agissant de la situation dérogatoire des demandeurs d'asile de Mayotte. Ces derniers n'ont pas accès à un CADA mais seulement à une « *structure bénéficiant de financements du ministère chargé de l'asile pour l'accueil de demandeurs d'asile* » et

*perçoivent, en lieu et place de l'allocation de droit commun, des « aides matérielles »*<sup>425</sup>. Dans son avis n° [15-05](#) du 1<sup>er</sup> avril 2015, le Défenseur s'était ainsi prononcé en faveur d'un alignement des conditions matérielles d'accueil proposées à Mayotte sur celles du territoire métropolitain, le droit de l'Union européenne s'appliquant sur cette île, comme en métropole.

**Afin d'assurer un accueil des demandeurs d'asile respectueux de leurs droits fondamentaux et conforme aux exigences européennes, le Défenseur des droits recommande :**

- **D'aligner les conditions matérielles d'accueil proposées aux demandeurs d'asile de Mayotte sur celles offertes sur l'ensemble du territoire métropolitain.**
- **De modifier le décret du 21 octobre 2015 :**
  - **en prévoyant que les demandeurs d'asile hébergés via le dispositif de veille sociale bénéficient également de la majoration prévue pour les demandeurs d'asile non hébergés ;**
  - **que le montant de cette majoration soit modulé en fonction du nombre de personnes composant la famille, enfants inclus. Une prime pourrait par ailleurs être versée aux parents isolés compte tenu de la situation de vulnérabilité plus grande dans laquelle ils se trouvent ;**
  - **en supprimant les motifs de suspension de l'ADA introduits par le décret et non prévus par la loi, notamment les dispositions prévoyant une telle suspension dans le cas où le demandeur d'asile se serait absenté de son lieu d'hébergement sans justification valable pendant plus de 5 jours.**
- **D'assurer dans les faits :**
  - **que tous les demandeurs d'asile se voient verser dans les plus brefs délais, et avec effet rétroactif, les allocations auxquelles ils ont droit depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2015 ;**
  - **que tous les demandeurs d'asile bénéficient, dans les guichets uniques, d'une information dans une langue qu'ils comprennent, notamment s'agissant de l'offre de prise en charge qui leur est faite et des conséquences d'un refus de cette offre ;**
  - **qu'une attestation confirmant le dépôt d'un dossier complet soit délivrée aux demandeurs d'asile sollicitant le bénéfice de l'ADA ;**
  - **que les attestations de paiement de l'ADA précisent les éléments retenus pour le calcul du montant de l'allocation (situation de famille, jours d'hébergement dans le disposi-**

tif de veille sociale, etc.) afin de permettre au demandeur d'asile de pouvoir contester ces éléments le cas échéant ;

- **que les demandeurs d'asile sollicitant un réexamen aient effectivement la possibilité de pouvoir bénéficier des conditions matérielles d'accueil : il ne peut être procédé à des refus systématiques de leurs demandes, leur situation devant faire l'objet d'un examen particulier tenant compte de leur situation de vulnérabilité et, dans le cas où un refus de prestations est envisagé, celui-ci doit leur être notifié par décision écrite et motivée.**

### C. LE DROIT À UNE PROTECTION SOCIALE

Entendu comme le droit au bénéfice des mécanismes de prévoyance mis en place par une collectivité pour prémunir ses membres contre les conséquences financières de la survenance d'un risque social (chômage, maladie, vieillesse, charges de famille, etc.), le droit à la protection sociale bénéficie de multiples consécutions en droit international : articles 22 et 23 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme; article 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; articles 12, 16 et 17 de la Charte sociale européenne révisée de 1996 ; article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Bien que de portée universelle, il n'en demeure pas moins, à l'instar d'autres droits dits « créances », un droit intrinsèquement conditionnel. Impliquant une action positive de la collectivité, il voit ainsi son effectivité subordonnée à l'existence d'une volonté politique et le champ de ses bénéficiaires, de même que la hauteur des prestations versées au titre du droit à la protection sociale, sont fonction de choix politiques.

Si les instances politiques disposent, à cet égard, d'une certaine marge d'appréciation, elles sont néanmoins tenues d'agir dans le respect des droits fondamentaux, et notamment des principes d'égalité et de non-discrimination, largement consacrés par le droit international et interne<sup>426</sup>. En vertu de ces principes, le champ des bénéficiaires des prestations sociales doit être déterminé au regard de critères objectifs et raisonnables. De ce point de vue, la question de la licéité de l'exclusion des étrangers du bénéfice de certaines prestations sociales se pose avec une acuité particulière.

Alors que le critère de l'appartenance nationale a pu, jusqu'au début des années 1990, être admis comme un critère légitime pour délimiter le champ des bénéficiaires des prestations

sociales mises en place par la collectivité, il a par la suite été sanctionné par les juridictions constitutionnelles et européennes comme contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination<sup>427</sup>. Ainsi, dans le courant des années 1990, l'approche nationale du droit à la protection sociale a été écartée au profit d'une approche territoriale, faisant prévaloir en lieu et place du critère national un critère de résidence. A côté de ce critère de résidence, un autre critère, spécifique aux étrangers, est admis aujourd'hui pour délimiter le champ des bénéficiaires de ce droit : celui de la régularité de séjour.

Le Défenseur des droits n'entend pas se prononcer sur la légitimité des critères de résidence et de régularité de séjour. En revanche, il a dénoncé, à plusieurs reprises, les discriminations fondées sur la nationalité susceptibles d'être engendrées par l'utilisation de nouvelles conditions tendant à exclure *de facto* les étrangers du bénéfice de ces prestations, que ces exclusions résultent de conditions spécifiques prévues par la loi imposées aux étrangers (A) ou bien d'une interprétation restrictive des règles de droit commun à l'égard des seuls étrangers (B).

## **1. Des discriminations résultant des conditions spécialement imposées aux étrangers**

Sous prétexte de contrôler la satisfaction des critères de résidence habituelle en France ou de régularité de séjour, admis comme légitimes pour déterminer les conditions d'accès des étrangers aux prestations sociales, d'autres conditions visant spécifiquement les étrangers sont en réalité mises en place : l'accès des étrangers à certaines prestations sociales peut ainsi se trouver subordonné à la preuve de l'entrée de leurs enfants sur le territoire par le biais de procédures spécifiques (a), à celle d'une résidence stable sur le territoire depuis plusieurs années (b), ou encore à la production de titres de séjour particuliers, déterminés par les textes (c). Le Défenseur des droits s'efforce d'identifier et de dénoncer ces discriminations que l'on peut qualifier de « légales », en ce qu'elles se trouvent autorisées et légitimées par le droit interne alors même qu'elles sont susceptibles de s'opposer à certaines normes internationales.

### **a. Des prestations familiales subordonnées à la preuve de l'entrée des enfants en France par la voie du regroupement familial**

Le Défenseur des droits et avant lui, trois des institutions dont il a repris les compétences, la Défenseure des enfants, la Halde et le Médiateur de la République, ont pointé à de nombreuses reprises le caractère discriminatoire et inéquitable des dispositions de l'article L.512-2 du code de la sécurité sociale, qui impose aux étrangers sollicitant le

bénéfice des prestations familiales de justifier non plus seulement de la régularité de leur séjour, mais également de celle de leurs enfants.

Introduite dans le code de la sécurité sociale en 1986<sup>428</sup>, cette exigence est pour le moins paradoxale dans la mesure où la notion de régularité du séjour des mineurs n'existe pas en droit français. Pourtant, en 1987, un décret codifié à l'article D.511-2 du code de la sécurité sociale est venu préciser que, pour leurs enfants nés hors de France, les parents étrangers sollicitant le bénéfice des prestations familiales devraient produire un certificat médical délivré par l'Office national de l'immigration faisant foi de l'entrée de leur enfant en France *via* le regroupement familial<sup>429</sup>.

Par deux arrêts de 2004 et 2006<sup>430</sup>, la Cour de cassation a censuré ce dispositif au visa des articles 8 et 14 de la Convention EDH. C'est pour surmonter cette censure juridictionnelle que le législateur est intervenu de nouveau en 2005<sup>431</sup>. Cette réforme, bien qu'exonérant de nouvelles catégories d'étrangers de l'obligation de produire un certificat médical, est venue consacrer au rang législatif le principe de la subordination du versement des prestations familiales à la preuve de l'entrée en France des enfants étrangers par la voie du regroupement familial.

Saisie de dossiers individuels, la Halde a dénoncé dès 2006 le caractère discriminatoire de ce dispositif ainsi que sa non-conformité à l'article 3-1 de la CIDE. A plusieurs reprises, elle a formulé des recommandations en faveur d'une réforme législative. Parallèlement, elle a présenté à plus de 200 reprises des observations devant les juridictions saisies par les réclamants (voir notamment les délibérations n<sup>os</sup> [2008-179](#), [2008-205](#) et [2009-342](#)). Contre toute attente, et alors que cette position se trouvait confortée par des décisions juridictionnelles favorables de plus en plus nombreuses, la Cour de cassation a opéré un revirement de sa jurisprudence. Dans trois arrêts de 2010 et 2011<sup>432</sup>, elle a jugé que la différence de traitement introduite entre Français et étrangers par le code de la sécurité sociale était conforme aux articles 8 et 14 de la Convention EDH ainsi qu'à l'article 3-1 de la CIDE dès lors que le contrôle des conditions d'entrée des enfants sur le territoire poursuivait en réalité des objectifs de santé publique et était réalisé dans l'intérêt même de ces enfants.

Prenant acte de ce nouveau contexte jurisprudentiel, le Défenseur des droits a décidé de poursuivre cette stratégie d'intervention sur le terrain contentieux en mobilisant de nouveaux outils juridiques, notamment les accords d'association conclus entre l'Union européenne et des Etats-tiers lesquels consacrent, en matière de sécurité sociale, une égalité de traitement entre les ressortissants de l'Union européenne et les ressortissants de ces Etats tiers. Cette mobilisation du

droit de l'Union européenne s'est avérée fructueuse. Par deux arrêts du 5 avril 2013<sup>433</sup>, la Cour de cassation, suivant les observations du Défenseur des droits (décision n° [MLD-2013-49](#)), a jugé que les dispositions litigieuses du code de la sécurité sociale étaient discriminatoires au regard des accords d'association UE-Algérie et UE-Turquie.

A la suite de ces arrêts, le Défenseur des droits a interrogé la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) et la ministre des Affaires sociales et de la Santé pour connaître les directives qui seraient données aux CAF ainsi que les éventuels projets de réforme législative qui pourraient être amorcés pour tenir compte de ces décisions.

Le Défenseur des droits n'a jamais reçu de réponse de la ministre. La CNAF lui a en revanche indiqué que, dans l'attente de directives ministérielles, et tirant les conséquences de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, elle avait demandé aux caisses de se désister des contentieux en cours et d'accorder le bénéfice des prestations familiales aux ressortissants des pays signataires d'accords euro-méditerranéens (Algérie, Maroc, Tunisie, Turquie mais aussi, Albanie, Monténégro et San Marin) à la condition que ces derniers aient la qualité de travailleur au sens du droit de l'Union, c'est-à-dire qu'ils disposent d'un titre de séjour les autorisant à travailler. Alors que ces ressortissants ne devaient plus, en principe, rencontrer d'obstacles au versement de leurs prestations, la Cour de cassation a dû se prononcer au moins à deux reprises en 2015<sup>434</sup> pour censurer les refus de prestations qui avaient encore été opposés à des Marocains et des Algériens, attestant d'une situation loin d'être clarifiée, faute de réforme législative ou, à défaut, de directives ministérielles claires.

L'analyse de la CNAF sur les nationalités qui seraient concernées par les arrêts de la Cour de cassation, interroge. Il est en effet surprenant que la Caisse nationale, qui affiche une volonté d'aller au-delà de la stricte portée des arrêts de la Cour en permettant le versement des prestations à des ressortissants d'autres nationalités que celles concernées par les décisions, n'aille pas au bout de sa démarche. D'autres Etats, en l'occurrence Israël, la Macédoine, la Russie et la Serbie, ont également conclu avec l'Union européenne des accords d'association prévoyant une clause d'égalité de traitement en matière de sécurité sociale, parfois formulée en des termes strictement identiques à celle des accords effectivement retenus par la CNAF. Dès lors, les ressortissants de ces Etats devraient également être concernés par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Dans le même courrier de 2013 au Défenseur, la CNAF précisait qu'en l'absence de décision de la Cour de cassation sur ce point, elle demandait aux caisses de continuer à refuser les prestations aux ressortissants d'Etats tiers à l'Union ayant signé avec la France une conven-

tion bilatérale prévoyant une clause d'égalité avec les nationaux en matière de protection sociale. Pourtant, à la suite des arrêts rendus par la Cour de cassation le 5 avril 2013, plusieurs juridictions de première instance ont reconnu le caractère discriminatoire de l'exigence du certificat médical OFII en se fondant sur les clauses d'égalité de traitement contenues dans les conventions bilatérales conclues par la France<sup>435</sup>. Dans deux arrêts, la Cour de cassation a elle-même élargi sa jurisprudence en reconnaissant le caractère discriminatoire des dispositions litigieuses du code de la sécurité sociale<sup>436</sup>.

Dans ce contexte juridique incertain, le Défenseur a décidé de présenter une tierce intervention devant la Cour EDH saisie, à la suite des arrêts rendus par la Cour de cassation le 3 juin 2011, de la conformité des dispositions litigieuses du code de la sécurité sociale aux articles 8 et 14 de la Convention EDH (décision n° [MLD-MDE-MSP-2014-082](#)). Dans une décision du 1<sup>er</sup> octobre 2015<sup>437</sup>, la Cour européenne a jugé que le dispositif prévu à l'article L.512-2 du code de sécurité sociale n'était pas contraire aux articles 8 et 14 de la Convention EDH. Selon la Cour, s'il y a bien une différence de traitement fondée sur la nationalité, celle-ci s'exerce dans le domaine économique et social, où l'Etat a une ample marge d'appréciation. De plus, cette différence de traitement pourrait alors se justifier dès lors que les requérants se sont soustraits volontairement à une obligation prévue par la loi – à savoir celle de procéder au regroupement familial pour faire venir leurs enfants sur le territoire français – et qu'ils avaient, en tout état de cause, la possibilité de faire des demandes de regroupements familiaux sur place.

Dans un communiqué du même jour, le Défenseur a pris acte de la décision de la Cour tout en soulignant que cette dernière avait statué sans tenir compte de la réalité des conditions dans lesquelles avaient lieu les regroupements familiaux en France, soumis à des procédures incertaines et très longues<sup>438</sup>. Le Défenseur relevait également que la Cour avait décidé de ne pas tenir compte de l'existence d'hypothèses pour lesquelles l'obligation de passer par la voie du regroupement familial apparaît en tout état de cause dénuée de pertinence<sup>439</sup>. En estimant que les intéressés avaient toujours la possibilité de procéder au regroupement familial sur place, la Cour semblait ignorer les défaillances de ce dispositif.

**Le Défenseur des droits entend souligner que la décision rendue par la Cour EDH le 1<sup>er</sup> octobre 2015 est sans impact sur la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a d'ores et déjà jugé, en se fondant sur des accords d'association conclus par l'Union européenne ou des conventions bilatérales conclues par la France, que les refus de prestations familiales opposés à des ressortissants**

algériens, turcs, marocains, camerounais et bosniaques, au motif qu'ils ne présentaient pas le certificat médical OFII, étaient discriminatoires. Du fait de cette jurisprudence, des différences de traitement entre enfants étrangers, selon leur nationalité, s'ajoutent désormais aux discriminations entre enfants français et enfants étrangers induites par les dispositions actuelles du code de la sécurité sociale.

Pour qu'il soit mis un terme à ces différences de traitement censurées à plusieurs reprises par la Cour de cassation, le Défenseur des droits réitère ses recommandations à la ministre des Affaires sociales et de la Santé ainsi qu'à la ministre des Familles, de l'Enfance et des droits des Femmes, tendant à ce que le gouvernement propose une réforme législative destinée à ce que le versement des prestations familiales ne soit plus subordonné qu'à la seule condition de la régularité du séjour des parents étrangers qui les sollicitent.

En attendant cette réforme, le Défenseur des droits continue de porter des observations devant les juridictions saisies par les réclamants en se fondant sur les clauses d'égalité de traitement contenues dans les accords d'association conclus par l'Union européenne, les conventions bilatérales de sécurité sociales conclues par la France [décisions n<sup>os</sup> [MSP-2015-292](#) (Québec), [MLD-2015-318](#) (Côte d'Ivoire), [MLD-2015-024](#) et [MLD-MSP-2015-319](#) (Cameroun), [MLD-2016-013](#) (USA), [MLD-2016-033](#) (Togo)], ainsi que les conventions n<sup>o</sup> 118 et 97 de l'OIT [respectivement décisions n<sup>os</sup> [MSP-2015-207](#), [MLD-2016-011](#) et [MLD-2015-303](#), [MLD-2016-034](#)].

#### **b. Des minima sociaux subordonnés à une condition d'antériorité de séjour**

Une autre source de discriminations « légales », c'est-à-dire légitimées par le droit interne, réside dans la condition de résidence préalable fixée à l'égard des seuls étrangers pour l'accès à certains minima sociaux, parmi lesquels le revenu de solidarité active (RSA) et l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA)<sup>440</sup>.

Véritablement consacrée dans les textes à l'occasion de la création du revenu minimum d'insertion (RMI), cette condition de résidence préalable doit être distinguée de la condition de résidence habituelle sur le territoire, laquelle renvoie au principe de territorialité qui sous-tend le système français de protection sociale et constitue une exigence constante, quelle que soit la nationalité des bénéficiaires. À l'inverse, l'obligation de justifier d'une résidence ou un séjour anté-



rieur sur le territoire français depuis un certain nombre d'années, en situation régulière, ne s'impose aujourd'hui qu'aux seuls étrangers.

Par ailleurs, cette condition dite de « stage préalable » a été continuellement durcie. Ainsi, pour bénéficier du RSA, les ressortissants étrangers doivent aujourd'hui, en outre de la régularité de leur séjour et de leur résidence stable et habituelle en France, justifier de 5 années de résidence préalable sur le territoire, alors que jusqu'en 2004 ils ne devaient en justifier que de 3 pour pouvoir bénéficier du RMI. En 2012, le législateur a porté à 10 ans la durée de résidence préalable exigée des étrangers pour l'accès à l'ASPA, alors qu'elle était de 5 ans auparavant.

A plusieurs reprises, l'institution a relevé le caractère discriminatoire d'une telle condition lorsqu'elle n'était imposée qu'aux seuls étrangers, par la voie d'observations présentées devant les juridictions, mais également de recommandations adressées aux ministres compétents (voir les délibérations n° [2008-228](#) pour le RSA, n°s [2009-385](#) et [2009-386](#) pour le droit au logement, n°s [2009-308](#), [2009-348](#), [2010-174](#), [2010-184](#), [2010-211](#) pour l'ASPA). Si les recommandations sont demeurées sans effet, les observations présentées ont en revanche été parfois suivies par les juges, et notamment, par le Conseil d'Etat qui a jugé en 2012 que la condition de résidence préalable de deux ans imposée aux étrangers pour l'accès à la procédure DALO instituait une discrimination contraire à l'article 6 de la convention n° 97 de l'OIT<sup>441</sup>.

Toutefois, en 2011, le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, a considéré que cette condition pour l'accès au RSA n'était pas contraire au principe d'égalité constitutionnellement garanti, compte tenu de l'objet poursuivi par cette prestation, à savoir « *inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité* »<sup>442</sup>. Plus récemment, le Conseil d'Etat a tenu un raisonnement similaire sur le terrain conventionnel, considérant que la condition de résidence préalable imposée aux seuls étrangers pour l'ouverture du droit au RSA instaurait une différence de traitement conforme aux stipulations combinées des articles 14 et 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la Convention EDH (CE, 10 juil. 2015, n° 375887).

Dans ce nouveau contexte jurisprudentiel, le Défenseur des droits a décidé de ne plus présenter d'observations s'agissant de la condition de résidence préalable fixée pour le bénéfice du RSA, et de concentrer ses interventions sur la dénonciation du caractère discriminatoire de la condition de résidence préalable imposée aux étrangers âgés pour le bénéfice de l'ASPA. A cet égard, il a réitéré à plusieurs reprises ses recommandations en faveur de la suppression d'une telle condition, notamment dans le cadre de son audition par la Mission d'information sur les immigrés âgés (avis n° [13-03](#)). En 2014, il s'est par ailleurs

prononcé, plus particulièrement, sur le refus d'ASPA opposé par la CNAV à une ressortissante algérienne au motif qu'elle n'était pas titulaire de titres de séjour l'autorisant à travailler depuis plus de 10 ans.

Le Défenseur estime qu'un tel refus institue une discrimination prohibée non seulement par plusieurs textes internationaux de portée générale<sup>443</sup>, mais également par l'article 7 de la déclaration de principe du 19 mars 1962 relative à la coopération entre la France et l'Algérie (partie des Accords d'Evian) selon laquelle « *les ressortissants algériens résidant en France et notamment les travailleurs auront les mêmes droits que les nationaux français, à l'exception des droits politiques* ».

Dans le cadre de l'instruction qu'il a mené sur ce dossier, le Défenseur a pris connaissance d'une instruction de la CNAV en cours de rédaction confirmant, sur la base des Accords d'Evian, l'inopposabilité de la condition de résidence préalable aux Algériens. En dépit de cette instruction, la CNAV a refusé, dans un premier temps, de faire droit à la demande de la réclamante, ce qui a conduit le Défenseur à présenter des observations devant le TASS de Créteil (décision n° [MLD-MSP-2014-200](#)). Par la suite, la CNAV est toutefois revenue sur sa décision initiale et a décidé, conformément au droit international, de liquider les droits de la réclamante à l'ASPA. A cette occasion, la CNAV a informé le Défenseur des droits que l'instruction relative à l'inopposabilité de la condition de résidence préalable aux ressortissants algériens sollicitant l'ASPA serait diffusée à l'ensemble des caisses pourvoyeuses de prestations mais conserverait un caractère confidentiel et non public.

**Le Défenseur prend acte avec satisfaction de l'existence d'une instruction de la CNAV rappelant expressément l'inopposabilité aux ressortissants algériens de la condition de résidence préalable de 10 ans exigée des étrangers pour le bénéfice de l'ASPA.**

**Il regrette toutefois que cette instruction conserve un caractère confidentiel et non public et recommande que cette instruction soit publiée sur le site de la CNAV afin que les intéressés puissent bénéficier d'une parfaite information sur le droit qui leur est applicable.**

**Par ailleurs, pour mettre un terme définitif aux discriminations fondées sur la nationalité résultant des conditions de résidence préalable exigées des seuls étrangers pour l'accès aux minima sociaux, le Défenseur des droits recommande :**

- la suppression des conditions de séjour préalable fixées pour l'accès à l'ASPA et à l'ASI ;

- à défaut, la diminution sensible de la durée de 10 ans fixée pour l'accès des étrangers à l'ASPA et à l'ASI, dès lors qu'une telle condition apparaît en tout état de cause disproportionnée au regard de l'objectif spécifique d'assistance aux personnes âgées les plus démunies poursuivi par ces prestations (voir notamment la décision du Défenseur n° [MLD-2012-84](#)).

En attendant ces réformes, le Défenseur des droits continuera de présenter des observations devant les juridictions saisies de refus d'ASPA en convoquant différents textes du droit international notamment l'article 7 de la déclaration de principe du 19 mars 1962 relative à la coopération entre la France et l'Algérie (partie des Accords d'Evian) pour les Algériens, les conventions bilatérales de sécurité sociale, les conventions n° 97 et 118 de l'OIT, ainsi que les articles 14 et 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la Convention EDH pour les étrangers d'autres nationalités.

### **c. Une inscription au Pôle emploi réservée aux titulaires de certains titres de séjour**

Pour pouvoir s'inscrire au Pôle emploi, Français comme étrangers doivent satisfaire aux conditions de droit commun fixées par le code du travail<sup>444</sup>. A ces conditions de droit commun s'ajoutent des conditions spécifiques aux étrangers. Pour bénéficier d'une inscription sur la liste des demandeurs d'emploi et des prestations attachées à cette inscription, le travailleur étranger doit ainsi être titulaire d'un des titres de séjour visé par l'article R.5221-48 du code du travail.

Or, cette liste limitative ne mentionne pas tous les titres autorisant à travailler. N'y figurent pas, notamment, la carte de séjour portant la mention « étudiant », ni l'autorisation provisoire de séjour<sup>445</sup> délivrée à l'étudiant étranger qui, venant de valider un Master en France, souhaite compléter sa formation par une première expérience professionnelle. Aussi, les étrangers titulaires de ces titres de séjour se voient opposer des refus d'inscription au Pôle emploi. Cette exclusion est d'autant plus paradoxale qu'ils sont bien autorisés à travailler<sup>446</sup> et, lorsqu'ils exercent une activité salariée, ils se trouvent soumis, au même titre que tous les autres salariés, aux prélèvements des cotisations d'assurance chômage.

C'est pourquoi le Défenseur estime que le fait que certains titres de séjour autorisant à travailler ne figurent pas dans la liste des titres de séjour permettant l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi visés à l'article R.5221-48 du code du travail instaure une différence de traitement injustifiée entre Français et étrangers.

Par ailleurs, s'agissant plus particulièrement du cas des étudiants étrangers, le Défenseur des droits relève qu'à la différence de traitement entre étrangers et Français s'ajoute une différence de traitement entre doctorants étrangers, puisque les doctorants titulaires d'un titre de séjour portant la mention « étudiant » ne peuvent s'inscrire au Pôle emploi, alors que les étudiants titulaires d'un titre de séjour portant la mention « scientifique chercheur » sont admis à le faire.

A cet égard, il convient de préciser que le statut d'étudiant ou de doctorant ne s'oppose pas, en tant que tel, à l'inscription sur la liste des demandeurs d'emploi. La Cour administrative d'appel de Lyon a ainsi considéré<sup>447</sup>, s'agissant de la situation d'un doctorant, qu'« aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit par principe l'inscription des étudiants comme demandeurs d'emploi et que leur inscription et leur maintien sur la liste de demandeur d'emploi sont seulement soumis au respect des conditions de recherche effective d'emploi (...) ».

Saisi de réclamations individuelles relatives à des refus d'inscription au Pôle emploi opposés à des étudiants étrangers qui satisfaisaient par ailleurs aux conditions de droit commun fixées pour procéder à une telle inscription, le Défenseur a adressé plusieurs courriers, aux agences du Pôle emploi concerné, au médiateur national du Pôle emploi ainsi qu'à la ministre du Travail afin de recueillir leurs observations sur les discriminations fondées sur la nationalité que les actuelles dispositions du code du travail étaient susceptibles de produire à l'égard de certains ressortissants étrangers. Il se réserve la possibilité d'adopter une décision générale sur ce problème de droit.

**Pour mettre un terme aux discriminations fondées sur la nationalité induites par les actuelles dispositions du code du travail relatives à l'inscription des étrangers au Pôle emploi, le Défenseur des droits recommande que le gouvernement inclue expressément dans la liste limitative des titres de séjour dressée à l'article R.5221-48 du code du travail la carte de séjour temporaire portant la mention étudiant et l'autorisation provisoire de séjour mentionnée à l'article L.311-11 du CESEDA.**

## **2. Des exclusions résultant d'une application restrictive des règles de droit commun**

Dans d'autre cas, c'est l'application trop stricte des règles du droit commun, sans prise en compte des situations spécifiques dans lesquelles peuvent se trouver certains étrangers au regard de ces règles, qui tend à exclure ces derniers du bénéfice de certaines prestations sociales. Ont pu être victimes de telles exclusions les ménages recueillant un enfant par *kafala*, privés de la prime à l'adoption (a) ou encore

les veuves de mineurs marocains mariées avant l'âge de 15 ans, qui se sont vues refuser le versement de pensions de réversion au motif que leur mariage n'était pas valide (b).

**a. Les enfants recueillis par kafala exclus du bénéfice de la prime à l'adoption et du versement différé de l'allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant**

Aux termes du code de la sécurité sociale<sup>448</sup>, la prime à l'adoption et le versement différé de l'allocation de base – composante de la prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE) – sont accordés aux ménages qui adoptent ou accueillent un enfant en vue de son adoption.

Faisant une application stricte de ces dispositions, les CAF subordonnent le versement de ces prestations à la production de documents justifiant l'adoption. Or, cela pour effet :

- d'exclure systématiquement du bénéfice de la prime à l'adoption les ménages recueillant un enfant par *kafala* ;
- d'empêcher le versement de l'allocation de base pendant les 3 ans à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant recueilli par *kafala*.

La loi du 6 février 2001 a en effet introduit l'interdiction de prononcer l'adoption d'un mineur étranger si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. Les mineurs recueillis par *kafala* se trouvent directement visés par cette interdiction, la *kafala* – ou recueil légal – étant une mesure de protection de l'enfant reconnue par les conventions internationales et admise, précisément, dans certains pays de droit musulman prohibant l'adoption plénière en vertu de la charia.

Dès lors, les dispositions apparemment neutres du code de la sécurité sociale, en réservant le bénéfice de la prime à l'adoption et le versement différé de l'allocation de base aux ménages pouvant justifier de l'adoption effective ou à venir de l'enfant recueilli, placent en réalité les enfants recueillis par *kafala* et les familles à qui ils ont été confiés dans une situation particulièrement désavantageuse. Une application stricte de ces dispositions conduit en effet à écarter systématiquement du bénéfice de ces dispositifs les enfants nés dans un pays prohibant l'adoption plénière et recueillis par *kafala*, à savoir principalement les enfants nés au Maroc et en Algérie.

Aussi, le Défenseur des droits estime que les dispositions du code de la sécurité sociale relatives à la prime à l'adoption et au versement différé de l'allocation de base instituent une discrimination indirecte à raison de la nationalité contraire aux articles 14 et 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 de la Convention EDH. Elles portent par ailleurs atteinte à l'inté-

rêt supérieur de l'enfant, la prime à l'adoption et l'allocation de base étant versées dans son intérêt, en vue d'aider les familles à faire face aux dépenses liées à son arrivée.

Saisi de dossiers individuels, le Défenseur a exposé à plusieurs reprises cette analyse : dans le cadre d'observations présentées devant un tribunal des affaires de sécurité sociale d'une part (décisions n<sup>os</sup> [MLD-MDE-MSP-2015-206](#) et [MSP-MLD-MDE-2016-004](#)), et dans le cadre d'une demande de réexamen présentée en vue d'une résolution amiable du différend d'autre part.

**Pour mettre un terme à la discrimination indirecte subie par les familles recueillant des enfants par *kafala* du fait de leur exclusion systématique du bénéfice de la prime à l'adoption et du différé de l'allocation de base ainsi qu'aux pratiques hétérogènes constatées, le Défenseur des droits recommande à la ministre des Familles, de l'Enfance et des droits des Femmes, qu'une réforme législative soit engagée afin d'ajouter au titre des bénéficiaires de l'article L.512-4 du code de la sécurité sociale pour la prime à l'adoption et de l'article L.531-3 du même code pour l'allocation de base, le cas des enfants recueillis par décision judiciaire de *kafala*.**

#### **b. Des pensions de réversion refusées aux veuves marocaines mariées avant l'âge de 15 ans**

En 2015, le Défenseur des droits a été saisi par le président du conseil d'administration de la Caisse autonome nationale de la sécurité sociale des mines (CANSSM) d'une demande d'avis concernant l'attribution de pensions de réversion aux veuves de mineurs marocains dont la validité du mariage pouvait être remise en cause en raison du fait qu'elles se sont mariées avant l'âge de 15 ans.

Aux termes du code civil<sup>449</sup>, la loi fixant les règles de fond du mariage est la loi personnelle des intéressés et donc en l'occurrence, pour les veuves de mineurs marocains, la loi marocaine. Or, le code du statut personnel en vigueur entre 1958 et 2004 au Maroc<sup>450</sup>, dispose que « *l'aptitude au mariage s'acquiert pour l'homme à 18 ans révolus, pour la femme à 15 ans révolus* ». Il apparaît donc que les mariages contractés par les veuves de mineurs alors qu'elles n'avaient pas encore 15 ans sont contraires au droit marocain qui était alors en vigueur et par suite, peuvent être entachés de nullité.

Poursuivant cette analyse juridique, la CANSSM a rejeté les demandes de pensions de réversion présentées par des veuves de mineurs marocains mariées avant l'âge de 15 ans. Pour cela, elle s'est fondée sur l'article 47 du code civil, qui dispose que les actes d'état civil établis à l'étranger sont présumés valides.

Si le Défenseur partage, sur le fond, l'analyse selon laquelle les mariages contractés par les veuves de mineurs marocains alors qu'elles n'avaient pas 15 ans peuvent être entachés de nullité en ce qu'ils étaient prohibés par la loi personnelle des époux alors en vigueur, il relève en revanche dans son avis n° 2015-07 du 22 avril 2015 que la Caisse ne pouvait d'elle-même écarter les actes de mariage qu'elle considérait invalides. En effet, l'article 47 du code civil permet aux autorités administratives d'écarter comme irrégulier un acte d'état civil manifestement vicié dans la forme, mais pas de se prononcer sur le fond de l'acte. Aussi, dès lors que la CANSSM considérait que les actes de mariage présentés étaient susceptibles d'être entachés de nullité, elle aurait dû saisir le juge d'une action en nullité.

Par ailleurs, le Défenseur remarque que, si la CANSSM avait engagé de telles procédures juridictionnelles, et si le juge avait constaté la nullité des mariages, cette nullité n'aurait pas nécessairement privé les mariages de tout effet. En effet, prévue à l'article 201 du code civil, l'institution du mariage putatif permet de ne pas priver d'effets, à l'égard des époux, le mariage déclaré nul, dès lors que celui-ci a été contracté de bonne foi. En l'occurrence, il aurait été fort probable que le juge retienne le caractère putatif des unions contractées par les veuves de mineurs marocains avant l'âge de 15 ans, dès lors que ces mariages ont été contractés de bonne foi et qu'ensuite, les époux ne se sont jamais comportés autrement que comme mari et femme pendant plusieurs décennies.

Aussi, après avoir relevé que la CANSSM ne pouvait, en tout état de cause, écarter les actes de mariage produits par les veuves de mineurs marocains mariées avant l'âge de 15 ans sans introduire au préalable une action juridictionnelle, le Défenseur des droits a émis des réserves quant à l'opportunité d'une telle action, en raison, d'une part, de la très faible probabilité de voir le juge refuser tout effet à ces unions et, d'autre part, de son caractère peu équitable au regard de la situation des intéressées.

A la suite de l'avis rendu par le Défenseur des droits, le Directeur général adjoint de la CANSSM a indiqué que la Caisse avait décidé de :

- liquider les pensions dont les demandes étaient en cours d'instruction ;
- liquider les pensions faisant l'objet d'une réclamation à la suite d'un rejet de prestation ;
- se désister des contentieux en cours.

### Le Défenseur des droits :

- prend acte avec satisfaction de ces décisions qui, au moment où le Directeur général adjoint de la CANSSM en a rendu compte, concernaient 105 dossiers.
- constate toutefois que certaines veuves ayant contesté le refus de pension qui leur était opposé ont pu faire l'objet d'une décision juridictionnelle défavorable. D'autres ont pu ne pas faire de recours, faute de connaissance suffisamment fine des droits qui leur étaient ouverts. Compte tenu de la situation tout à fait particulière de ces femmes, des conditions dans lesquelles elles sont arrivées et ont vécu en France aux côtés de leur époux embauché par Charbonnages de France – dont on sait aujourd'hui les discriminations qu'ils ont vécues<sup>451</sup> – le Défenseur des droits recommande que la CANSSM rouvre les dossiers, pour les années 2013 et 2014, des veuves de mineurs qui se seraient vu opposer un refus de pension de réversion illégal, qu'elles aient introduit ou non un recours.

Outre ces applications trop strictes du droit interne qui tendent, faute de tenir compte des situations spécifiques dans lesquelles peuvent se trouver certains étrangers, à les exclure du bénéfice de certaines prestations, le Défenseur a pointé des discriminations dans l'accès aux prestations sociales résultant d'interprétations erronées et manifestement contraires au droit applicable, s'agissant par exemple du contrôle de la résidence pour l'accès aux droits sociaux non-contributifs, notamment à l'égard des migrants âgés [voir *infra*, PII-E, encadré relatif au contrôle des étrangers].

Un dernier point a récemment appelé l'attention du Défenseur, celui des refus ou des suspensions d'allocations aux demandeurs d'asile (ADA) versées par l'OFII depuis la réforme du droit d'asile opérée par la loi du 29 juillet 2015. Dans la mesure où l'ADA est une prestation versée au titre des conditions matérielles d'accueil dues aux demandeurs d'asile, ces difficultés sont analysées à ce titre (voir *supra*, PII-II-B-3).

## D. LE DROIT AU TRAVAIL

Consacré par les plus hautes normes du droit international, européen, et interne<sup>452</sup>, le droit au travail est sous-tendu par l'idée que la possibilité pour tout homme de gagner sa vie par l'exercice d'un travail librement consenti participe directement de sa dignité. C'est en ce sens que le Comité des droits économiques sociaux et culturels, le CoDESC, relevait, dans son observation générale n° 18 que « *le droit au travail est indispensable à l'exercice d'autres droits de l'Homme (...). Toute personne a le droit de pouvoir travailler, lui permettant ainsi*



*de vivre dans la dignité. Le droit au travail concourt à la fois à la survie de l'individu et de sa famille et, dans la mesure où le travail est librement choisi ou accepté, à son épanouissement et sa reconnaissance au sein de la communauté »<sup>453</sup>.*

Toutefois, le droit au travail, à l'instar d'autres droits sociaux, ne lie pas les Etats par une obligation de résultat. A cet égard, le CoDESC précise que le droit au travail ne saurait se comprendre comme un droit absolu et inconditionnel d'obtenir un emploi. De même, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il appartient au législateur « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés* »<sup>454</sup>. Enfin, le Préambule de la Constitution de 1946, tout en consacrant le droit au travail, tient compte de l'impossibilité pratique de le garantir à tous dès lors que certaines personnes peuvent se trouver dans l'incapacité de travailler, en raison de leur condition physique ou mentale, mais également de la conjoncture économique.

Si le droit au travail recèle donc une dimension intrinsèquement programmatique, celle-ci ne saurait néanmoins dispenser les Etats de toute obligation. En premier lieu, ceux-ci se trouvent tenus d'agir en vue de garantir la meilleure effectivité possible au droit au travail, *via* le développement de politiques de l'emploi orientées vers le plein emploi, l'établissement ou le maintien de services gratuits de l'emploi, ou encore la mise en place de mesures visant à favoriser l'orientation et la formation<sup>455</sup>. Surtout, les Etats se doivent de garantir aux individus la possibilité de pouvoir jouir de ce droit sans discrimination. A cet égard, l'article 2 du PIDESC prohibe expressément les discriminations fondées sur l'origine nationale. En droit interne, cette interdiction se concrétise même par une qualification pénale : est ainsi passible de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende toute discrimination commise par un employeur, notamment fondée sur l'appartenance nationale, qui aboutirait à écarter un candidat d'un poste, à le sanctionner ou à le licencier<sup>456</sup>.

En dépit de cette ferme condamnation, la prohibition des discriminations fondées sur la nationalité connaît en matière d'emploi des étrangers d'importantes exceptions institutionnalisées par le droit, si bien qu'elle se borne finalement bien souvent à garantir aux étrangers admis à séjourner et travailler sur le territoire, des conditions de travail équivalentes à celles des nationaux. Or, si le traitement spécial réservé aux étrangers sollicitant le droit de travailler en France peut se comprendre dès lors qu'il s'exerce dans le cadre du pouvoir discrétionnaire, dont dispose chaque Etat, de déterminer qui peut entrer et séjourner sur son territoire (1), l'exclusion de l'accès à certains emplois de personnes étrangères déjà autorisées à séjourner

et travailler en France, au seul motif de leur nationalité, apparaît en revanche bien plus critiquable (2). Enfin, il y a lieu de porter une attention spécifique aux restrictions à l'accès des demandeurs d'asile au marché du travail, ces restrictions ayant pour effet de compromettre leurs perspectives d'insertion alors même qu'ils se trouvent dans une situation de particulière vulnérabilité (3).

### **1. Restrictions à l'emploi des étrangers sollicitant le droit de travailler en France : la notion fluctuante de métiers en tension**

A moins qu'il ne soit ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, tout étranger doit pour exercer une activité professionnelle salariée en France, détenir une autorisation de travail<sup>457</sup>. Certains titres de séjour incluent cette autorisation et donnent accès à toute activité professionnelle. C'est en général le cas des titres délivrés pour des motifs d'immigration autre que le travail, et notamment des cartes de résident et cartes portant la mention « vie privée et familiale ». Lorsque ce n'est pas le cas, l'autorisation doit être sollicitée auprès des services de la main d'œuvre étrangère par l'employeur qui souhaite recruter l'étranger. Ces services examinent alors la demande au regard de plusieurs critères, parmi lesquels celui de la situation de l'emploi<sup>458</sup>.

En vertu de ce critère, l'employeur doit, pour recruter un étranger non encore autorisé à travailler en France, justifier qu'il n'existe aucune personne susceptible d'occuper le même poste sur le marché du travail national. A défaut d'une telle justification, le préfet pourra refuser de délivrer l'autorisation de travail. Toutefois, depuis la loi du 24 juillet 2006<sup>459</sup> la situation de l'emploi n'est plus opposable lorsque la demande d'autorisation de travail est formulée pour l'exercice d'un métier caractérisé par des difficultés de recrutement<sup>460</sup>. Ces métiers, dits « en tension », ont été recensés au sein de listes publiées par voie de circulaire, puis par arrêtés<sup>461</sup>.

Les listes recensant les métiers dits « en tension » ont été établies par région pour tenir compte des difficultés de recrutement propres à chacune. Au départ, deux listes coexistaient. La première, qui bénéficiait aux ressortissants d'Etats européens soumis à des dispositions transitoires, est aujourd'hui devenue sans objet. En revanche, la seconde liste, plus restreinte, énumère aujourd'hui encore les métiers ouverts aux étrangers ressortissants de pays tiers à l'Union. Toutefois, les Tunisiens et les Algériens ne peuvent être concernés par cette liste, dans la mesure où elle vise à ouvrir l'accès à certains métiers dans la limite de zones géographiques restreintes tandis que

les accords franco-algérien et franco-tunisien « *ne permettent pas (...) de limiter (...) l'exercice d'une activité professionnelle à une profession et/ ou pour les Algériens à une région déterminée* »<sup>462</sup>.

Par ailleurs, des listes de métiers distinctes, établies par la voie d'accords bilatéraux de gestion des flux migratoires<sup>463</sup>, côtoient la liste nationale et varient d'un accord à l'autre, allant de 9 métiers supplémentaires pour les ressortissants du Gabon à 108 métiers supplémentaires pour les ressortissants du Sénégal.

Ainsi, il apparaît que les métiers ouverts sans que la situation de l'emploi ne puisse être opposée ne sont pas les mêmes pour tous les travailleurs étrangers et peuvent varier parfois de façon considérable selon les nationalités concernées. Une telle différence de traitement a conduit la Halde à considérer, en 2008, que l'existence d'une pluralité de listes de métiers dits « en tension » ouvrait la voie à la sélection des travailleurs sur des bases liées à l'origine nationale, et non uniquement sur les compétences professionnelles. S'agissant du régime spécifique réservé aux Tunisiens et aux Algériens, elle constatait, après avoir relevé que « *l'application de la circulaire du 20 décembre 2007 ne [saurait] avoir pour effet de traiter moins favorablement les ressortissants Tunisiens et Algériens* », que l'exclusion de ces ressortissants du bénéfice de la mesure d'accès plus favorable à certains métiers « *sembl[ait] créer une différence de traitement dans l'accès à l'emploi en raison de l'origine nationale* »<sup>464</sup>. En conséquence, l'institution avait recommandé au ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement de veiller à une mise en œuvre uniforme de la liste des emplois ouverts aux ressortissants des pays tiers (délibération n° 2008-149).

Toutefois, en 2009, le Conseil d'Etat<sup>465</sup> a jugé que l'ensemble du dispositif aménageant les exceptions au critère de l'opposabilité de l'emploi était conforme aux principes d'égalité et de non-discrimination, considérant que les personnes étrangères ne sont pas placées dans la même situation au regard des accords qui lient – ou pas – la France et le pays dont ils ont la nationalité. En dépit de cette jurisprudence, une réflexion sur le bien-fondé du dispositif mais surtout sur sa proportionnalité, n'apparaît pourtant pas inopportune.

Concernant tout d'abord les Algériens et les Tunisiens, les deux accords, comme le souligne expressément leurs propos introductifs, visent à organiser un régime plus favorable à l'égard de ces derniers. Cependant, concernant les conditions d'attribution de l'autorisation de travail, ils demeurent soumis au droit commun, notamment à l'opposabilité de la situation de l'emploi, conformément à une jurisprudence constante du juge administratif<sup>466</sup>. Or, l'opposabilité de la situation de l'emploi aux Algériens et Tunisiens s'apprécie par zone

géographique (c'est-à-dire la région pour laquelle la demande est formulée) et par profession. Dès lors, il semble difficilement justifiable d'exclure ces ressortissants du bénéfice de la dérogation instaurée pour les métiers en tension, dont la liste est justement fixée par zone géographique et profession. Cette exclusion, qui repose sur un raisonnement formel, revient à neutraliser le but poursuivi par les deux accords, à savoir un accès facilité au séjour et au travail en France. Elle s'avère *a fortiori* contraire à la finalité de la circulaire de 2007 elle-même, qui cherche à ouvrir de manière générale l'accès aux métiers pour lesquels il existe, en France, des difficultés de recrutement.

Plus largement, c'est la question de la proportionnalité des différences de traitement à raison de la nationalité induites par la coexistence d'une pluralité de listes de métiers en tension, qui se pose avec une particulière acuité. En effet, depuis 2012<sup>467</sup>, les ressortissants de l'Union européenne soumis au régime transitoire jusqu'à l'année dernière, pouvaient accéder à 291 métiers sous tension alors que la liste applicable au travailleur étranger ressortissant d'un Etat tiers compte seulement une trentaine de métiers, voire moins selon la région concernée. Entre les deux extrémités de ce spectre, des variations importantes perdurent selon la nationalité en raison des listes établies par les accords bilatéraux de gestion concertée des migrations. De tels écarts (de 9 à 108 métiers) tendent à vider de sa substance la notion de « *métier caractérisé par des difficultés de recrutement* » à laquelle renvoient les dispositions réglementaires, celle-ci apparaissant de plus en plus comme une barrière purement formelle et totalement indépendante de la conjoncture économique. C'est finalement l'objectivité même de la notion de « métier en tension » sur la base de laquelle sont établies ces listes qui pose question.

**Le Défenseur des droits estime que la coexistence de listes de métiers en tension distinctes crée des différences de traitements injustifiées dès lors que ces listes, faute de se référer à une notion de « métiers en tension » uniforme, conduisent finalement à réserver des conditions d'accès à l'emploi plus favorables à certains étrangers sur le seul fondement de leur nationalité.**

**En conséquence, le Défenseur recommande qu'il soit procédé à une harmonisation des listes de métiers en tension en élargissant *a minima* la liste nationale des métiers en tension aux 108 métiers retenus comme tels aux termes de la liste de métiers la plus favorable négociée dans le cadre de relations bilatérales (Accord franco-sénégalais) ;**

**Afin de rester corrélée aux évolutions de la conjoncture économique, cette liste harmonisée devra faire l'objet de révisions régulières en tenant compte des données fournies par Pôle emploi,**

une liste figée pendant plus de 8 ans apparaissant, en tout état de cause, contraire aux objectifs poursuivis par l'établissement de listes de métiers en tension ;

Enfin, considérant que le droit commun doit primer sur les stipulations spéciales prévues par des accords bilatéraux chaque fois que ces stipulations reviennent finalement à réserver des conditions moins favorables aux ressortissants étrangers qui en relèvent, le Défenseur recommande que la possibilité de se prévaloir de la liste nationale des métiers en tension soit expressément ouverte aux ressortissants algériens et tunisiens.

## **2. Restrictions à l'emploi des étrangers déjà autorisés à travailler en France**

Le critère de l'opposabilité de la situation de l'emploi garanti aux Français et aux étrangers déjà autorisés à travailler en France un accès prioritaire à l'emploi. Or, s'il repose sur des postulats économiques discutables, il n'en dispose pas moins d'un fondement légitime, à savoir le pouvoir régalien des Etats de contrôler qui entre et séjourne sur son territoire. Tel ne serait pas le cas en revanche de mesures réservant prioritairement l'accès à certains emplois aux nationaux au détriment des étrangers déjà admis à séjourner et travailler sur le territoire. Sur ce terrain, c'est le principe d'égalité qui doit primer.

### **a. Les emplois subordonnés à une condition de nationalité : la persistance contestable d'une discrimination institutionnalisée**

En France, l'accès à de nombreux emplois se trouve encore subordonné à une condition de nationalité française ou européenne, essentiellement mais pas exclusivement dans le secteur public. Par ailleurs, d'autres emplois, notamment parmi les professions libérales, se trouvent réservés aux ressortissants de l'Union européenne ou de pays ayant conclu avec la France une convention de réciprocité. La Commission des lois de l'Assemblée nationale, dans un rapport établi sur un texte visant à supprimer les conditions de nationalité à l'accès de certaines professions mentionnait que, dans ces emplois, il convenait de voir « *une forme institutionnalisée de traitement discriminatoire à raison de la seule nationalité* »<sup>468</sup>.

En 2009, la Halde rendait une délibération (n° [2009-139](#)) dans laquelle elle relevait que la plupart de ces restrictions reposaient sur des justifications historiques devenues obsolètes. Elle se référait à cet égard au rapport publié en mars 2000 par le Groupe d'Etude des discriminations (GED) qui, revenant sur les origines de ces restrictions, remarquait qu'elles étaient le fruit d'une « sédimentation » progressive de législations protectionnistes généralement développées en temps de

crise<sup>469</sup>. Par ailleurs, dans le contexte d'une ouverture croissante des emplois fermés au bénéfice des ressortissants européens, les différentes justifications produites en soutien du maintien de la condition de nationalité à l'égard des ressortissants non européens perdaient considérablement de leur force.

En effet, le principe de libre circulation des travailleurs consacré par les traités fondateurs de l'Union européenne prohibe toute discrimination à raison de la nationalité s'agissant de l'accès à l'emploi des travailleurs des Etats membres, exception faite des « *emplois dans l'administration publique* » (article 45 alinéa 4 du TFUE). Cette exception est toutefois interprétée de façon restrictive par la Cour de Justice<sup>470</sup>, qui exclut du champ d'application du principe de libre circulation des travailleurs les seuls emplois comportant « *une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* ». Aussi, en application de cette jurisprudence, le législateur français a, dès 1991, ouvert aux ressortissants de l'Union l'accès à tous les emplois de la fonction publique excepté ceux « *dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'Etat ou des autres collectivités publiques* »<sup>471</sup>. Parallèlement, dans le secteur privé, la majeure partie des emplois fermés aux étrangers ont été ouverts aux ressortissants européens. Seuls les offices publics et ministériels ainsi que certains emplois regardés comme conférant à leur titulaire des prérogatives de puissance publique restent fermés aux ressortissants européens malgré une politique contentieuse activement menée par la Commission visant à les ouvrir<sup>472</sup>.

Cette ouverture conforte l'idée que la seule différence de traitement fondée sur la nationalité susceptible d'être regardée comme légitime en matière d'accès à l'emploi est celle qui vise à réserver aux nationaux des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale. Une telle idée aurait naturellement dû bénéficier aux ressortissants de pays tiers à l'Union européenne. Or, ainsi que le relevait la Halde en 2009, la législation française n'a pas évolué en ce sens. Les emplois de la fonction publique<sup>473</sup>, à l'exception toutefois notable de ceux d'enseignants-chercheurs<sup>474</sup>, leur sont restés interdits, de même que de nombreux emplois des secteurs parapublics et privés, en dehors de quelques avancées survenues à la faveur de mobilisations associatives<sup>475</sup>, de la privatisation de certaines entreprises publiques ou encore du changement de statuts d'anciens établissements publics qui, cessant de recruter des fonctionnaires, ont renoncé à appli-

quer la condition de nationalité<sup>476</sup>. L'écart entre le traitement réservé aux ressortissants non européens et celui réservé aux Européens en matière d'accès à l'emploi s'est donc significativement creusé.

En conséquence, la Halde recommandait la suppression des conditions de nationalité fixées pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et entreprises publics ainsi qu'aux emplois du secteur privé, à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique. En réponse, par courrier du 9 juillet 2009, le Premier ministre considérait qu'il n'y avait pas lieu d'ouvrir la fonction publique aux étrangers non européens.

Pour autant, dès lors que les emplois sont ouverts aux ressortissants européens, les justifications quant à leur restriction aux étrangers hors Union perdent de leur force. Cela est d'autant plus vrai que pour la majorité des emplois publics, les étrangers hors Union Européenne ont la possibilité d'exercer les mêmes missions que les citoyens français et les ressortissants européens, mais sous le statut plus précaire d'agent contractuel. Cette situation témoigne de ce que les emplois demeurant fermés aux étrangers n'ont finalement pas d'autre fondement objectif que la nationalité. Elle n'en relève donc que mieux le caractère discriminatoire des exclusions visant les ressortissants tiers à l'Union.

A cet égard, le Défenseur a été saisi de la situation de près de 800 employés de la SNCF de nationalité ou d'origine marocaine. Ces derniers, en raison de leur nationalité, ont été recrutés au début des années 70 sous un statut spécial dit « PS25 ». Du fait de ce statut, ils ont été exclus du service médical et de la caisse de prévoyance des cheminots et n'ont connu aucune évolution de carrière mais des rémunérations et des retraites substantiellement plus faibles que les salariés nationaux. Dans plusieurs jugements du 21 septembre 2015, le Conseil des Prud'hommes de Paris a condamné la SNCF pour discrimination en octroyant en moyenne 200 000 euros de dommages et intérêts pour préjudice de carrière et de retraite. Dans ces affaires, le Défenseur présentera des observations devant la Cour d'appel.

Plus généralement, le Défenseur relève que la situation des emplois fermés n'a pas beaucoup évolué depuis 2009. Les ressortissants de pays tiers à l'Union sont toujours exclus de la fonction publique tandis que, dans le secteur privé, l'inventaire des 52 fonctions ou emplois fermés dressé en 1999 par le cabinet Bernard Brunhes Consultants<sup>477</sup> demeure largement d'actualité. Dix ans plus tard, le rapport précité de la Commission des lois précisait que, sur ces 52 métiers, seule une petite dizaine avait été ouverte aux étrangers<sup>478</sup>. Depuis, quelques autres dispositions ont été prises ponctuellement pour supprimer la

condition de nationalité, notamment concernant l'accès aux emplois de capitaines de navires français et suppléants<sup>479</sup>, géomètres-experts<sup>480</sup>, agents de l'office national de la chasse<sup>481</sup>, concessionnaires d'énergie hydraulique<sup>482</sup> et directeurs d'une société coopérative de messagerie de presse<sup>483</sup>. En outre, le législateur a assoupli la condition de nationalité européenne fixée pour l'accès aux professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, celles-ci étant désormais ouvertes aux étrangers non européens dès lors qu'ils ont obtenu leurs diplômes en France<sup>484</sup>. Toutefois, nombre des restrictions relevées en 1999 demeurent d'actualité<sup>485</sup>.

**Considérant que les différences de traitement introduites et maintenues malgré une certaine évolution, d'une part, entre Français et étrangers et, d'autre part, entre Européens et non Européens, par le maintien d'une condition de nationalité pour l'accès à certains emplois, ne reposent plus sur aucun fondement légitime, le Défenseur des droits recommande à la ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation Professionnelle et du Dialogue social ainsi qu'à la ministre de la Fonction publique :**

- le recensement de l'ensemble des emplois demeurant fermés aux étrangers dans le secteur privé en France, les dernières données exhaustives en la matière datant de 1999 ;
- la suppression des conditions de nationalité fixées pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et entreprises publics ainsi qu'aux emplois du secteur privé, à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

#### **b. Les emplois subordonnés à une condition de diplôme français ou européen : le cas des médecins étrangers**

Si la condition de nationalité fixée pour l'accès aux professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme a considérablement été assouplie par la loi du 21 juillet 2009<sup>486</sup> [voir *supra*, PII-II-D-2-a], l'accès à ces professions réglementées demeure néanmoins subordonné à la détention d'un diplôme français ou européen<sup>487</sup>.

Toutefois, à défaut d'un nombre suffisant de praticiens pour répondre aux besoins des hôpitaux, des procédures dérogatoires ont été ouvertes dès 1972 et ont permis aux personnes titulaires de diplômes étrangers d'accéder à ces professions. Ces ouvertures ont conduit à ce que de nombreux médecins à diplômes étrangers soient recrutés *via* la création de statuts contractuels précaires, contraignant leurs titulaires à exercer sous la responsabilité d'un médecin, pour une ré-



munération bien inférieure à celle réservée aux médecins diplômés dans l'Union européenne et sans possibilité de s'inscrire à l'ordre des médecins.

Pour mettre un terme à cette situation, le législateur a créé, en 1999, une nouvelle procédure d'autorisation d'exercice (NPA) au terme de laquelle les médecins à diplôme étrangers ayant exercé, pendant trois ans au moins avant le 1<sup>er</sup> janvier 1999, dans des établissements publics de santé, ou dans des établissements de santé privés participant au service public hospitalier, des fonctions les plaçant sous la responsabilité d'un médecin pouvaient, sous réserve d'avoir satisfait à des épreuves nationales d'aptitude, être autorisés individuellement, par arrêté du ministre chargé de la santé, à exercer la profession de médecin. La loi prohibait concomitamment tout nouveau recrutement de tels médecins sous l'un des statuts auparavant développés<sup>488</sup>.

Par trois délibérations de 2006 (n<sup>os</sup> [2005-57](#), [2005-56](#) et 2006-250), la Halde avait pointé les carences de ce nouveau dispositif, relevant qu'en dépit de l'interdiction posée par le législateur, des praticiens de santé ayant obtenu leur diplôme hors de l'Union européenne étaient encore recrutés en nombre significatif au sein des établissements hospitaliers sous les anciens statuts de contractuels, tandis que de son côté la NPA, procédure discrétionnaire et soumise à une décision non motivée, n'avait pas permis de régulariser la situation de nombreux praticiens.

Or, les investigations menées alors avaient permis de constater que, si les agents contractuels étaient placés théoriquement sous la responsabilité d'un praticien hospitalier en étant que des praticiens « associés », ils exerçaient leurs missions, dans les faits et la plupart du temps, de façon tout à fait autonome. La Haute autorité estimait que le dispositif en place, dès lors qu'il permettait à des médecins diplômés hors de l'Union européenne d'exercer des fonctions analogues à celles des praticiens titulaires de diplômes européens, sans pour autant leur offrir la possibilité d'exercer pleinement la profession, était constitutif d'une discrimination fondée sur la nationalité.

Alors que le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 s'apprêtait à ne modifier qu'à la marge la NPA, la Halde recommandait que les exonérations du passage de cet examen prévues par la loi soient révisées à la hausse, que des améliorations significatives soient apportées de façon à permettre une meilleure prise en compte de l'expérience acquise en France par les praticiens, et que les *numerus clausus* fixés dans le cadre cette procédure tiennent compte des besoins de santé publique en France.

Depuis, la procédure d'autorisation d'exercice a été améliorée par la procédure d'autorisation d'exercice (PAE) instaurée par la loi n° 2012-157 du 1<sup>er</sup> février 2012. L'expérience des praticiens à diplômes étrangers est en effet mieux prise en considération, les épreuves sont plus concrètes, l'une d'entre elle correspondant notamment au parcours professionnel du PADHUE. De même, l'évaluation de la maîtrise de la langue française se fait de manière beaucoup moins théorique et remplit davantage l'objectif recherché, celui de se faire comprendre de ses collègues et des patients : depuis 2009, la langue française doit être acquise indépendamment, préalablement à l'inscription à la procédure et n'est plus une épreuve théorique comptant dans la moyenne générale. Les conditions de vérification de cette maîtrise se sont encore assouplies en 2013 puisque la langue peut être considérée comme acquise soit par un test B2, soit par l'obtention d'un diplôme interuniversitaire de spécialisation en France.

Dix ans plus tard, le problème structurel pointé par la Halde en 2006 subsiste toutefois. En effet, de nombreux médecins diplômés hors de l'Union européenne exercent encore leurs fonctions sous couvert de statuts différenciés. Certains d'entre eux refusent de se soumettre à la PAE qu'ils jugent illégitime au regard des diplômes et de l'expérience dont ils peuvent se prévaloir. D'autres renoncent à épuiser leurs droits à présentation à cette procédure au terme d'un premier échec alors qu'ils ont droit à trois tentatives. D'autres enfin ayant échoué à trois reprises, poursuivent néanmoins leur exercice dans les établissements hospitaliers. Bien plus, de nouveaux recrutements sous statuts particuliers ont perduré en dépit de l'interdiction posée par le législateur, conduisant ce dernier à prévoir des systèmes de régularisation *a posteriori*.

En 2006, une procédure dérogatoire a ainsi été adoptée pour régler la situation des médecins à diplômes non européens recrutés avant le 10 juin 2004<sup>489</sup>. Alors que cette procédure devait prendre fin le 31 décembre 2011, le législateur a finalement décidé en 2012, compte tenu des milliers de situations demeurant encore non régularisées, de prolonger l'exercice en établissement de santé des médecins à diplômes non européens jusqu'au 31 décembre 2016<sup>490</sup>. Au vu de ces prolongations successives, il est permis de douter de ce que la situation des médecins à diplômes non européens exerçant en France sous couvert de statuts précaires soit réglée au terme de cette nouvelle échéance.

Pour cette raison, et afin d'anticiper ce terme, le Défenseur a demandé à la ministre des Affaires sociales et de la Santé, par courrier du 12 février 2016, de mener une enquête nationale visant à identifier et déterminer le nombre de médecins à diplômes obtenus hors Union

Européenne exerçant en France ainsi qu'à établir un recensement des besoins en ressources humaines médicales par région et par discipline. Aucune statistique n'étant disponible dans ce domaine, le Défenseur estime en effet que cette enquête permettra de définir les modalités de reclassement des praticiens. En dehors d'éventuelles réorientations vers d'autres activités liées aux soins, des pistes tendant à mettre fin à cette inégalité de traitement mériteraient d'être étudiées, telle la validation des acquis de l'expérience (VAE).

#### **Le Défenseur des droits :**

- **prend acte de la réponse de la ministre des Affaires sociales et de la Santé en date du 2 mars 2016, au terme de laquelle la ministre indique avoir demandé au Directeur général de l'offre de soins de procéder à un examen attentif de sa demande tendant à identifier et déterminer le nombre de médecins à diplômes obtenus hors Union Européenne exerçant en France ;**
- **recommande que la ministre des Affaires sociales et de la Santé amorce une réflexion sur la façon dont les responsabilités réelles acquises par ces médecins pourraient être prises en compte par des procédures de validation des compétences effectivement acquises par eux.**

### **3. Restrictions à l'emploi d'étrangers particulièrement vulnérables : les demandeurs d'asile**

Jusqu'en 1991, le récépissé délivré aux demandeurs d'asile leur permettait d'accéder au marché du travail sans restriction. Toutefois, prenant acte de « *la progression des demandes d'asile où se mêlent aux réfugiés, un nombre croissant d'immigrants à la recherche d'une insertion économique et qui n'ont pas vocation à obtenir la protection prévue par la convention de Genève* », la Première ministre a décidé, dans une circulaire du 26 septembre 1991<sup>491</sup>, de revoir les conditions d'accès au marché du travail des demandeurs d'asile. Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1991, le récépissé délivré aux demandeurs d'asile ne vaut plus autorisation de travail et ces derniers se trouvent soumis aux règles du droit commun applicables à la délivrance des autorisations de travail, la situation de l'emploi leur étant par conséquent opposable.

En 2005, sous l'influence du droit de l'Union européenne, l'accès des demandeurs d'asile au marché du travail subit une restriction supplémentaire. Transposant les dispositions de la directive « Accueil » du 27 janvier 2003<sup>492</sup>, un décret du 23 août 2005 prévoit que l'accès au marché du travail « *ne peut être autorisé au demandeur d'asile que dans le cas où l'OFPPRA (...) n'a pas statué sur sa demande dans le délai d'un an suivant l'enregistrement de la demande* ».

L'article 15 de la nouvelle directive « Accueil » du 26 juin 2013 est toutefois revenu sur ces conditions restrictives en imposant aux Etats, non plus de prévoir une période durant laquelle les demandeurs d'asile n'auront pas accès au marché du travail mais au contraire, de fixer un *délai maximal de neuf mois à compter de la date d'introduction de la demande* au-delà duquel les demandeurs doivent bénéficier de cet accès.

Auditionné le 6 novembre 2014 par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile, le Défenseur regrettait que le texte, dans sa version d'alors, demeure silencieux quant à l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile et recommandait que le droit en vigueur soit mis en conformité avec l'article 15 de la directive « Accueil » de 2013. Sur ce point, ses recommandations ont été suivies. La loi du 29 juillet 2015 a finalement introduit dans le CESEDA un article L.744-11 reprenant la possibilité d'accès au marché du travail au bout de 9 mois. L'article précise que la demande d'autorisation de travail formulée dans ce cadre est examinée selon les règles de droit commun applicable, ce qui signifie que la situation de l'emploi est opposable au demandeur d'asile. Celui qui accède au marché du travail peut en outre bénéficier des actions de formation professionnelle continue prévues par le code du travail.

Si le droit actuellement en vigueur apparaît ainsi formellement conforme aux dispositions du droit de l'Union européenne, le Défenseur regrette néanmoins que le législateur n'ait opté que pour une transposition *a minima* de la directive « Accueil » de 2013. En effet, si la directive impose aux Etats de garantir l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile dont la demande demeure toujours sans réponse de l'autorité statuant en première instance passé un délai de 9 mois, elle ne leur interdit pas de l'autoriser plus en amont. Par ailleurs, l'article 16 de la directive prévoit que les Etats peuvent autoriser l'accès des demandeurs d'asile à la formation professionnelle, que ceux-ci aient ou non accès au marché du travail. Là encore, le législateur n'a pas entendu faire sienne cette possibilité. Pourtant, il aurait été intéressant d'envisager cette possibilité, dès lors que certaines actions entrant dans le champ de la formation professionnelle, telles que la lutte contre l'illettrisme et l'apprentissage du français<sup>493</sup>, sont de nature à favoriser, dès le début de la procédure, l'insertion des demandeurs d'asile.

En faisant le choix d'une transposition *a minima* de la directive de 2013, le législateur ne semble pas sortir de la logique qui avait conduit, en 1991, à limiter l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile, soupçonnés de poursuivre des motivations exclusivement économiques. Or, cette restriction s'avère d'autant plus regrettable qu'elle

concerne une population par essence vulnérable et qui devrait, de fait, de bénéficier d'une protection renforcée conforme aux principes posés par la Convention de Genève en matière d'accès à l'emploi<sup>494</sup>.

Par ailleurs, le Défenseur des droits relève que la nouvelle loi ne fait aucune mention des personnes ayant introduit un recours devant la CNDA tandis que les anciennes dispositions du CESEDA prévoyaient l'accès au marché du travail pendant toute la procédure<sup>495</sup>. L'article 15§3 de la directive « Accueil » de 2013, de même qu'auparavant l'article 11§3 de la directive de 2003, précisent pourtant bien que l'« accès au marché du travail n'est pas refusé durant les procédures de recours ». Sur ce point, la transposition de la directive Accueil opérée par le législateur en juillet 2015 apparaît incomplète.

**Considérant qu'il importe, au regard du besoin de protection particulier qui est le leur, d'offrir aux demandeurs d'asile les meilleures perspectives d'intégration possible, le Défenseur des droits recommande que le législateur intervienne, conformément aux prescriptions de la directive européenne « Accueil » pour modifier l'article L.744-11 du CESEDA de façon à :**

- permettre aux demandeurs d'asile de solliciter, dès le début de la procédure, une autorisation provisoire de travail dans les conditions de droit commun, notamment en matière d'opposabilité de la situation de l'emploi ;
- prévoir l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile sans que ne leur soit opposable la situation de l'emploi lorsque, passé un délai de 9 mois, il n'a pas encore été statué en première instance sur leur demande ;
- ouvrir aux demandeurs d'asile le bénéfice des actions de formations professionnelles continues prévues à l'article L.6313-1 du code du travail dès le début de la procédure d'asile, ainsi que l'autorise l'article 16 de la directive « Accueil » de 2016 ;
- prévoir expressément, conformément à l'article 15§3 de la directive « Accueil » de 2013, que les demandeurs d'asile ayant déposé un recours suspensif devant la CNDA, ont accès au marché du travail dans les mêmes conditions que celles mentionnées ci-dessus ou, *a minima*, dans les conditions de droit commun applicables aux travailleurs étrangers sollicitant la délivrance d'une autorisation provisoire de travail.

## LE CONTRÔLE DES ÉTRANGERS, LES DROITS FONDAMENTAUX À L'ÉPREUVE D'UNE LOGIQUE DE SUSPICION ACCRUE

La lutte contre l'immigration irrégulière est devenue une priorité nationale que rappellent plusieurs circulaires du ministre de l'Intérieur. Aspirant à toujours plus d'efficacité, la législation envisage en filigrane, derrière des dispositions techniques, le portrait d'une personne présente sur le territoire pour bénéficier de soins, de prestations sociales, de services et dont il convient régulièrement de vérifier qu'elle répond bien aux conditions d'ouverture.

Dans ce contexte, il est opportun de s'interroger sur les conséquences de ce soupçon de fraude, et notamment sur son impact en termes de respect des droits fondamentaux puisqu'il soumet les étrangers à des contrôles fréquents, ciblés, particulièrement intrusifs, et cela au détriment du respect de la dignité humaine, la liberté d'aller et venir ou le droit de mener une vie privée et familiale normale. Le sort réservé aux mineures menacées d'excision, aux demandeurs ou titulaires de la carte de séjour pluriannuelle ainsi qu'aux migrants âgés, vient à l'appui de cette réflexion.

### **Protection subsidiaire des mineures menacées d'excision : un contrôle médical discutable au regard du droit au respect de la dignité humaine**

Mettant un terme à des règles très complexes de protection dégagées par la CNDA, le Conseil d'Etat, dans 3 arrêts du 21 décembre 2012<sup>496</sup>, a reconnu que les enfants et adolescentes non mutilées constituaient, dans les pays où l'excision est la norme sociale, un groupe social au sens de la Convention de Genève de 1951. La loi du 29 juillet 2015 portant réforme du droit d'asile a ouvert la possibilité pour l'OFPRA de demander un certificat médical de non excision, « *tant que ce risque existe* », dans le cas où une protection a été accordée à une mineure exposée à un tel risque. En cas de refus de transmettre le certificat, l'Office pourra saisir le procureur de la République. Cet article donne ainsi une base légale à une pratique très contestée au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant qui, pour faire perdurer le bénéfice d'une protection au titre de l'asile, doit subir régulièrement des examens gynécologiques ou « simplement » visuels, non dénués de tout caractère traumatique.

Ce contrôle – le seul qui existe à l'égard des bénéficiaires d'une protection internationale en raison de l'appartenance à un groupe social – traduit une forme de défiance non seulement à l'égard des mineures qui se sont vues reconnaître une protection internationale à l'issue d'une procédure longue et difficile, mais aussi à l'égard de leurs pa-

rents, les considérant au mieux non capables de veiller à leur protection, au pire comme ayant instrumentalisé un risque potentiel pesant sur leurs enfants pour bénéficier d'un droit au séjour en France.

Dans son avis n° [14-10](#) du 6 novembre 2014, relatif à la réforme du droit d'asile, le Défenseur av indiqué que l'instauration d'un tel contrôle manquait en outre de pertinence à l'égard du but recherché : veiller au respect de l'intégrité du corps des jeunes filles. En effet, s'il est totalement légitime et nécessaire de prévenir le risque d'excision, cette attention ne saurait être cantonnée aux seules bénéficiaires d'une protection internationale mais devrait viser la protection de toutes les jeunes filles susceptibles d'être concernées, par la formation des acteurs rencontrant les enfants, et l'information des parents pour les sensibiliser sur le fait que ces pratiques sont constitutives d'un crime. A cet égard, le Défenseur a, par décision n° [MDE-MSP-2014-185](#), établi à destination des professionnels des centres de vaccinations internationales, des médecins traitants, des médecins scolaires, un protocole type précisant la conduite à tenir en cas de suspicion d'un risque d'excision. Par ailleurs l'établissement de certificats médicaux par les médecins traitants des enfants place ces professionnels dans une position ambiguë au regard de la législation, un médecin ne pouvant, déontologiquement, exercer à la fois ce rôle de contrôle et dispenser des soins.

Néanmoins, le Défenseur – qui s'était également inquiété des conséquences de l'absence de transmission du certificat médical sur le bénéfice de la protection – note avec satisfaction que le législateur a expressément inscrit dans la loi qu'« *aucun constat de mutilation sexuelle ne peut entraîner, à lui seul, la cessation de la protection accordée à la mineure au titre de l'asile* ». Il constate en outre qu'à l'annualité du contrôle, dont il avait souligné le caractère excessif, a été finalement substitué « *un délai minimal de trois ans entre deux examens, sauf s'il existe des motifs réels et sérieux de penser qu'une mutilation sexuelle a effectivement été pratiquée ou pourrait être pratiquée* ».

### **Carte de séjour pluriannuelle : un titre moins précaire subordonné à un contrôle renforcé**

L'objectif légitime poursuivi par la loi précitée du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France – la sécurisation du droit au séjour – se trouve fortement limité par la création de contrôles inopinés d'une ampleur sans précédent, lesquels permettent à l'administration de porter une atteinte conséquente aux libertés individuelles sans qu'aucun regard de l'autorité judiciaire ne soit prévu. Pour s'assurer de la sincérité et de l'exactitude des déclarations des intéressés ou de l'authenticité des pièces produites pour l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification, le préfet peut demander toute pièce ou

information, sans que le secret professionnel autre que le secret médical ne puisse lui être opposé. Ses demandes peuvent s'adresser aux établissements scolaires et d'enseignement supérieur, aux banques, à la DIRECCTE, aux caisses de sécurité sociale, aux hôpitaux, aux fournisseurs d'énergie ou de télécommunication.

Le Sénat a réduit la liste initiale de ces destinataires en supprimant les administrations fiscales et les collectivités territoriales. Une telle limitation est plus protectrice et correspond à une préconisation du Défenseur dans son avis n° [15-20](#). Il n'en demeure pas moins que cette disposition porte une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles et au secret professionnel, notamment des travailleurs sociaux car, si le secret médical est formellement garanti dans ces contrôles, les services préfectoraux pourront néanmoins demander à un établissement de soins de leur transmettre les données pertinentes qu'il détient. A ces contrôles s'ajoutent les dispositions de la même loi selon lesquelles l'étranger doit pouvoir justifier qu'il continue de satisfaire aux conditions fixées pour la délivrance de sa carte, faute de quoi son titre de séjour peut lui être retiré ou non renouvelé.

Dans ses avis n°s [15-17](#) et [16-02](#), le Défenseur avait préconisé la suppression de ce dispositif ou, à tout le moins, son encadrement juridique. Si, conformément à ses recommandations, des aménagements offrent certaines garanties à la marge, le Défenseur regrette que le secret professionnel ne soit pas pleinement opposable et qu'aucun contrôle de l'autorité judiciaire n'ait été envisagé.

### **Migrants âgés : le droit à une protection sociale menacé par la lutte contre la fraude**

La Halde, puis le Défenseur des droits, ont été saisis par des migrants âgés vivant en foyer et dont les prestations sociales ont été suspendues au motif qu'ayant résidé en dehors du territoire français pendant une durée trop longue, ils n'auraient pas respecté la condition de résidence nécessaire au bénéfice de ces droits. Ces suspensions, que la Halde a eu l'occasion de qualifier de décisions discriminatoires dans sa délibération n° [2009-148](#), ont conduit à ce que les réclamants ne puissent plus payer leur loyer en foyer et soient menacés d'expulsion du fait de la suspension des APL, ou privés de toute ressource, du fait du retrait de l'ASPA. Bien plus, le non-respect de la condition de résidence par ces vieux migrants a pu donner lieu à des poursuites judiciaires pour fraude. Il n'a donc plus seulement été reproché aux intéressés de ne pas avoir rempli une condition nécessaire au versement des prestations (fait sanctionné par la suspension des dites prestations), mais également d'avoir intentionnellement détourné la loi en vue de percevoir indument des prestations (fait bien plus grave, sanctionné pénalement).



Or, il est ressorti des enquêtes menées par la Halde puis le Défenseur des droits que les caisses pourvoyeuses procédaient à une appréciation de façon trop restrictive la condition de résidence. En effet, l'article R.115-6 du code de la sécurité sociale précise que la condition de résidence requise pour l'accès aux droits sociaux s'apprécie au regard du lieu du foyer ou du lieu principal du séjour. Pourtant, les caisses semblent ne jamais rechercher si les intéressés ont leur foyer en France et ne contrôler la résidence des vieux migrants qu'au regard du lieu principal de leur séjour, ce qui affecte négativement leur droit au maintien des prestations puisque le contrôle du lieu du foyer, et non du séjour, permettrait une appréciation plus souple de la condition de résidence. En effet, le foyer s'entend du lieu où les personnes résident habituellement, à condition que cette résidence ait un caractère permanent. Cette résidence habituelle et permanente peut être attestée par toute forme de lien habituel au territoire national (vie associative, suivi médical ou psychologique, activité sportive régulière etc.) et ce, indépendamment de toute durée précise de résidence effective. Au contraire, le lieu principal du séjour est mesuré en nombre de jours de présence effective en France, différemment selon les prestations en cause.

D'autre part, les étrangers âgés concernés ont souffert d'un défaut d'information.

En effet, si la condition de résidence n'est pas nouvelle et se définit dès 1981 dans un avis du Conseil d'Etat comme une notion de fait, se rapportant à une présence en France non occasionnelle et revêtant un minimum de stabilité, elle n'avait fait l'objet, jusqu'en 2006-2008, d'aucune définition par un texte réglementaire. Or, c'est à partir de l'édiction de ces textes que les contrôles se sont multipliés à l'égard des vieux migrants, sans que ces derniers ne se soient vu rappeler les règles applicables. Cette situation leur a été particulièrement préjudiciable, étant entendu qu'on ne pouvait leur reprocher de ne pas avoir eu la connaissance de ce droit spécifique.

Ce défaut d'information rend particulièrement inappropriées les procédures pour fraude engagées à leur encontre puisqu'ils ignoraient tout simplement, pour la plupart, qu'ils auraient dû écourter leur séjour à l'étranger pour se conformer à la loi. A cet égard, la Cour de cassation a considéré, par une décision du 28 mai 2015 (n° 10257 F), que les caisses d'assurance retraite et de la santé au travail ne pouvaient exiger le remboursement des sommes déjà versées au titre de l'ASPA sans avoir démontré que l'allocataire avait commis une fraude, laquelle ne saurait être constituée « *par le seul fait qu'il ait résidé moins de 6 mois en France dès lors que celui-ci n'a pas été informé des obligations pesant sur lui comme le prévoit pourtant la loi* ».

Le 7 février 2013, lors de son audition par la Mission d'information parlementaire sur les immigrés âgés, l'adjointe au Défenseur des droits chargée de la lutte contre les discriminations a constaté que les contrôles de la résidence exercés pour le bénéfice des prestations sociales étaient ciblés et visaient principalement les foyers de vieux migrants. Elle relevait en outre des pratiques peu respectueuses des personnes.

Dans plusieurs dossiers dont le Défenseur a été saisi, les résidents des foyers ont ainsi été informés du contrôle par une affichette dans le hall du foyer – et non par convocations individuelles – leur indiquant que les agents des caisses les rencontreraient dans leur chambre et qu'ils seraient tenus de présenter leur passeport. Le jour du contrôle, en l'absence des résidents, les prestations versées au titre des allocations logement ont été suspendues. Les modalités choisies pour opérer ce contrôle dont la plupart des migrants n'étaient en réalité pas informés, ont pu les choquer dans la mesure où elles ont conduit à ce que ces contrôles soient davantage apparentés à un contrôle de police.

Dans ses recommandations du 7 février 2013, le Défenseur des droits réaffirmait sa volonté de voir les caisses pourvoyeuses de prestations procéder à des méthodes de contrôle plus respectueuses des droits fondamentaux et que ces dernières se voient rappeler les termes de la réglementation applicable en matière de contrôle de la résidence.

Si ces contrôles ciblés avaient un temps diminué à la suite du rapport parlementaire de 2013, qui avait repris à son compte plusieurs propositions du Défenseur, la presse atteste de leur résurgence, notamment en Alsace et en Moselle<sup>497</sup>. Les contrôleurs auraient ainsi examiné les passeports des résidents âgés en foyer et opéré des redressements en remontant jusqu'à 2011 : certaines dettes s'avèrent dès lors immenses – jusqu'à 44 000 euros – pour ces personnes aux revenus très modestes et souvent dans une situation de vulnérabilité.

## E. LE DROIT AU COMPTE

En principe, le banquier reste libre de refuser l'ouverture d'un compte bancaire et de ne pas motiver ce refus, en vertu de la liberté de contracter ainsi que du caractère *intuitu personae* de la convention de compte<sup>498</sup>. Néanmoins, cette liberté ne peut s'exercer que dans le respect des dispositions d'ordre public édictées par le code pénal, dont les articles 225-1 et 225-2 interdisent de refuser ou de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service en considération de l'appartenance à une nation.

Motivée par des objectifs d'intérêt général de lutte contre l'exclusion bancaire, la législation relative au droit au compte restreint également la liberté contractuelle des banquiers. L'article L.312-1 du code monétaire et financier confère en effet à toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, un droit au compte dans l'établissement de crédit de son choix. En cas de refus d'ouverture de compte, le demandeur, muni de la lettre de refus de la banque, devra saisir la Banque de France, laquelle désignera un établissement, alors tenu de déférer à l'injonction qui lui est faite.

Les réclamations dont est saisi le Défenseur concernant principalement des refus d'ouverture de compte (1), mais également, dans une moindre mesure, l'utilisation de comptes déjà ouverts (2).

### **1. Le droit à l'ouverture d'un compte conditionné à la vérification de l'identité et non du séjour**

Fondée sur l'idée que l'ouverture d'un compte permet l'accomplissement d'actes délictueux susceptibles de causer préjudice aux tiers, une obligation de vérification de l'identité et de la domiciliation du postulant est mise à la charge des établissements de crédit. La non-présentation des documents exigés à l'article R.312-2 du code monétaire et financier les oblige à refuser une telle ouverture.

De même, l'article L.561-5 du code précité relatif à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux impose aux établissements de crédits, avant de nouer une relation contractuelle, de s'assurer de l'identité de leur client et de vérifier ces éléments d'identification « *sur présentation de tout document écrit probant* ». L'article R.561-5 1° précise à cette fin que, lorsque le client est une personne physique, l'obligation de vigilance requiert « *la présentation d'un document officiel en cours de validité comportant [la] photographie* » de ce dernier.

Le contrôle des éléments d'identification est à l'origine de refus parfois infondés.

#### **a. La prise en compte du titre de séjour**

Si en pratique les établissements de crédit acceptent les titres de séjour, documents officiels permettant d'établir l'identité des clients, certaines agences exigent ces pièces afin de vérifier la régularité de leur séjour.

Saisie par des réclamants de nationalité étrangère confrontés à cette pratique illégale, la Halde, dans ses délibérations n<sup>os</sup> [2006-245](#), [2011-58](#) et [2011-59](#), puis le Défenseur des droits dans ses décisions n<sup>os</sup> [MLD-2014-033](#), [MLD-2014-088](#) et [MLD-2015-302](#) ont rappelé que « *concernant l'obligation de vérification d'identité incombant*

*aux établissements du secteur bancaire, aucune disposition du code monétaire et financier n'autorise, tant au regard du droit au compte que des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux, à demander au client d'apporter la preuve de la régularité de son séjour, qu'il s'agisse de l'ouverture du compte ou bien du retrait d'espèces ».*

En ce sens, le tribunal administratif de Paris a considéré, le 16 mars 2005, que les dispositions du code monétaire et financier ne prévoient pas que la désignation d'un établissement bancaire soit subordonnée à la régularité de séjour du demandeur (n° 0502805/9).

Toutefois, la Haute Autorité puis le Défenseur ont constaté que certains établissements bancaires continuaient à opposer des refus d'ouverture de compte pour défaut de présentation d'un titre de séjour. Dans ses décisions, le Défenseur a systématiquement rappelé le caractère discriminatoire des refus portés à sa connaissance, prohibés par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal, et demandé aux banques mises en cause ainsi qu'à l'ensemble de leur réseau de réformer en conséquence leurs procédures internes.

### **b. Les autres pièces attestant de l'identité**

Le Défenseur a également été saisi de deux autres cas de refus : l'un, opposé par des banques, de prendre en compte le récépissé de demande de carte de séjour en tant que justificatif d'identité ; l'autre, opposé y compris par la Banque de France, d'accepter la carte d'identité roumaine au motif qu'elle ne comporte pas de signature.

Ces situations étaient en partie liées aux dispositions de l'arrêté ministériel du 30 mai 2014, venu remplacer un précédent arrêté, en date du 16 avril 2014, lui-même venu fixer, dans le sens des recommandations émises par le Défenseur dans sa décision n° [MLD-2013-10](#), de nouvelles règles quant aux pièces justificatives pouvant être jointes à la demande d'exercice du droit au compte adressée à la Banque de France. La dernière version adoptée en mai 2014 précisait en effet qu'une personne physique doit notamment fournir « *une copie recto verso d'un justificatif d'identité, en cours de validité, délivré par une administration publique, comportant la photographie et la signature du titulaire* ».

Parmi les documents susceptibles de satisfaire ces conditions, figuraient entre autres le passeport étranger, la carte de séjour temporaire, la carte de résident mais pas le récépissé de demande de carte de séjour. Or, il s'agit d'un document portant photographie de son titulaire et permettant au banquier de recueillir l'ensemble des informations mentionnées à l'article R.312-2 du code monétaire et financier.

Par sa décision n° [MLD-2015-098](#), le Défenseur a pris acte des observations transmises par le ministre des Finances et des Comptes publics le 31 juillet 2015 et lui a recommandé de préciser expressément, au sein de l'arrêté du 30 mai 2014, la recevabilité du récépissé de demande de carte de séjour auprès des établissements bancaires, ainsi que l'absence d'obligation de la mention de signature.

Dans un courrier du 31 juillet 2015, le ministre des Finances et des Comptes publics indiquait au Défenseur que l'arrêté du 30 mai 2014 fixant la liste des pièces justificatives pour l'exercice du droit au compte auprès de la Banque de France avait été abrogé et remplacé par un arrêté modificatif du 31 juillet 2015. A la lecture de ce nouvel arrêté, il apparaît, d'une part, que la signature qui devait auparavant figurer sur les justificatifs d'identité n'est plus exigée et, d'autre part, que le récépissé de demande de titre de séjour figure désormais expressément parmi les divers justificatifs susceptibles d'être présentés à la Banque de France pour l'exercice du droit au compte.

Si le Défenseur prend acte avec satisfaction de ces évolutions, il s'inquiète néanmoins, eu égard aux pratiques des établissements de crédit, des conséquences de l'expiration du justificatif d'identité de la personne de nationalité étrangère après l'ouverture du compte.

## **2. Le droit à l'utilisation du compte au regard de l'exigence de documents en cours de validité**

Dans certaines affaires (par exemple voir la délibération de la Halde n° [2006-245](#) précitée), c'est en effet l'accès au compte déjà ouvert, et la possibilité de retirer des fonds ou de demander un relevé d'identité bancaire qui pose problème, soit que la condition de régularité de séjour de l'étranger est une nouvelle fois contrôlée, soit que la validité de la pièce d'identité ayant permis l'ouverture du compte ait expiré.

Dans un arrêt du 18 décembre 2007 rendu au visa des articles 1134 et 1932 du code civil, de telles demandes ont été jugées illégales par la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>499</sup>. Elle a ainsi considéré que la banque ne pouvait légalement refuser l'accès au compte et la délivrance d'un relevé d'identité bancaire, « au seul motif que le récépissé était périmé, dès lors que le tenant pour une pièce officielle d'identité, elle n'avait exigé lors de l'ouverture du compte aucun autre document justificatif et qu'il n'existait aucun doute sur l'identité de la personne ».

Outre les dispositions du code civil, cette pratique des établissements bancaires apparaît clairement contraire à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la Convention EDH, protégeant le droit de toute personne

au respect de ses biens ainsi qu'à l'article 14 de la Convention prohibant toute discrimination dans la jouissance des droits reconnus par celle-ci, notamment à raison de l'origine nationale.

**En conséquence, le Défenseur des droits recommande :**

- **à la Fédération bancaire française et à l'Association française des sociétés financières de rappeler aux établissements de crédit que subordonner l'ouverture d'un compte bancaire à la régularité du séjour en exigeant du demandeur la présentation d'un visa, d'un titre de séjour ou d'un récépissé de demande d'un titre de séjour, caractérise une discrimination fondée sur la nationalité contraire aux articles 225-1 et 225-2 du code pénal ;**
- **à la Fédération bancaire française et à l'Association française des sociétés financières de rappeler aux établissements de crédit que l'expiration de la validité d'un justificatif d'identité, intervenant postérieurement à l'ouverture du compte pour lequel il a été fourni, ne peut en aucun cas empêcher le titulaire de ce justificatif d'utiliser son compte, notamment d'effectuer des opérations de retrait.**

### III. LES DROITS SPÉCIFIQUES DES MINEURS

L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 216-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, modifiant l'article L.112-3 du code de l'action sociale et des familles (CASF), précise que « *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. Elle comprend des actions de prévention en faveur de l'enfant et de ses parents, l'organisation du repérage et du traitement des situations de danger ou de risque de danger pour l'enfant ainsi que les décisions administratives et judiciaires prises pour sa protection* » et prévoit que « *tout mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille* » peut bénéficier d'une prise en charge au titre de la protection de l'enfance. Cette compétence relève des services départementaux aux mais également de celle du juge des enfants « *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* »<sup>500</sup>.

Alors que les mineurs non accompagnés bénéficient d'une protection parfois défaillante (A), le Défenseur des droits constate plus largement que les enfants étrangers, qu'ils soient isolés ou pas, connaissent des facteurs d'entraves dans l'accès à leurs droits du fait de leur minorité et de leur extranéité (B).

## A. LE DROIT DES MINEURS NON ACCOMPAGNÉS À UNE PROTECTION

Le Défenseur des droits – et avant lui, la Défenseure des enfants – est régulièrement saisi de réclamations soulevant des questions relatives à l'accueil, la prise en charge et la protection des mineurs non accompagnés en France.

Cette notion de « mineur non accompagné », que le Défenseur préfère désormais à celle de « mineur isolé étranger », est utilisée notamment à l'échelle européenne par l'article 2 e) de la directive n° 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant une protection internationale. Il s'agit de « *tout mineur qui entre sur le territoire des Etats membres sans être accompagné d'un adulte qui, par le droit ou la pratique de l'Etat membre concerné, en a la responsabilité et tant qu'il n'est pas effectivement pris en charge par un tel adulte ; cette définition couvre également les mineurs qui cessent d'être accompagnés après leur entrée sur le territoire des Etats membres* »

L'institution intervient dans ces dossiers, aux termes d'une instruction contradictoire, par différents moyens : la médiation auprès des autorités compétentes, la présentation d'observations devant les juridictions nationales et récemment devant le Comité européen des droits sociaux, la formulation de recommandations individuelles et générales ou d'avis au Parlement.

Le nombre de ces mineurs non accompagnés présents sur le territoire, s'il est estimé entre 8 000 et 10 000<sup>501</sup>, n'est pas officiellement établi. Les seuls chiffres disponibles sont ceux d'entre eux effectivement pris en charge par le dispositif de protection de l'enfance<sup>502</sup>. En revanche, il n'existe aucune donnée relative au nombre de jeunes se disant mineurs isolés mais non pris en charge, soit qu'ils aient été évalués majeurs, soit qu'ils ne soient pas en position de se situer dans une démarche de demande de protection<sup>503</sup>.

Si la prise en charge des mineurs non accompagnés pose avec acuité la question de la solidarité entre l'Etat et les départements, d'une part, et entre les départements, d'autre part, il importe toutefois de veiller à ce que ces questions délicates ne prennent pas l'ascendant sur celle qui doit rester centrale : l'intérêt supérieur de l'enfant.

C'est pourquoi, à partir des réclamations dont il est saisi, mais également dans son rôle de suivi de l'application de la Convention des droits de l'enfant (CDE), le Défenseur prête une attention particulière au respect des droits des mineurs non accompagnés sur le territoire français et se rapproche régulièrement des différents services compétents.

Il a par ailleurs émis un avis sur la proposition de loi relative à la protection de l'enfant<sup>504</sup> et pris connaissance avec intérêt de la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels<sup>505</sup>. Il sera par ailleurs très attentif aux décrets annoncés pour l'application de la loi précitée.

L'octroi d'une prise en charge au titre de la protection de l'enfance suppose un certain nombre de mesures préalables (1). Une fois la protection accordée, la prise en charge des mineurs est d'une qualité très variable selon les départements (2).

### **1. Les préalables à la prise en charge des mineurs non accompagnés.**

La circulaire de la garde des Sceaux du 31 mai 2013 relative aux modalités d'accueil et d'évaluation des jeunes isolés étrangers<sup>506</sup> décrit la procédure de mise à l'abri, d'évaluation puis d'orientation des mineurs isolés étrangers visant à rendre homogène sur l'ensemble du territoire national les procédures pour s'assurer de la minorité et de l'isolement des jeunes se présentant comme tels, ainsi que pour assurer leur prise en charge par un service d'aide sociale à l'enfance, dans le département où l'évaluation a été réalisée ou dans un autre. La circulaire comporte dans son annexe 1 un protocole d'évaluation à l'attention des départements, comprenant une trame d'évaluation socio-éducative et des préconisations de protocole concernant l'examen médical d'évaluation de l'âge des jeunes. Son annexe 2 présente le protocole conclu entre l'Etat et l'Assemblée des départements de France sur les nouvelles dispositions décidées entre l'Etat et les départements pour assurer la mise à l'abri, l'évaluation et l'orientation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national (hors outre-mer).

La circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 vient quant à elle compléter le dispositif existant, en précisant l'articulation entre les conseils départementaux et les services de l'Etat dans leurs champs de compétence respectifs, tant au cours de l'évaluation que de la prise en charge. Elle comporte 14 annexes techniques relatives à aux problématiques rencontrées dans la prise en charge de ces jeunes.

Les constats inquiétants liés au non-respect de garanties offertes par le dispositif que le Défenseur dresse régulièrement, l'ont conduit à intervenir à plusieurs reprises auprès des juridictions nationales dans le cadre de contentieux<sup>507</sup>, en qualité de tiers intervenant, ou auprès



des autorités, en formulant des recommandations dont une quinzaine dans la décision n° [MDE-2012-179](#) sur l'accueil et l'accompagnement des MIE en France.

Lors de sa visite en septembre 2014, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe observait lui aussi la présence de mineurs isolés dans la rue, sans abri, ainsi que la saturation des capacités d'hébergement en faveur de ces enfants. Il estimait que cette situation était inacceptable au regard des instruments protecteurs de l'enfance, chaque enfant devant selon lui être considéré comme un individu et sa situation spécifique ainsi que son opinion devant être prises en compte à chaque étape de son parcours, de la procédure d'évaluation de son âge à sa prise en charge<sup>508</sup>. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, dans ses observations finales du 29 janvier 2016 sur la mise en œuvre de la CDE en France, s'est également dit inquiet de la situation de ces mineurs n'ayant pas accès au dispositif de la protection de l'enfance et a recommandé à la France de garantir suffisamment de ressources humaines, techniques et financières à ce dispositif.<sup>509</sup>

Les jeunes isolés dont la situation est soumise à l'examen du Défenseur, voient leur identité, leur âge, leur histoire et leur parcours remis en cause. Pendant la période d'évaluation de leur situation, préalable à leur éventuelle prise en charge, ces enfants devraient être protégés de manière inconditionnelle, ce qui n'est pas toujours le cas (a). A cette protection parfois défectueuse, s'ajoute un accès aux droits et à la justice défaillant (b).

#### **a. Des modalités de recueil provisoire et d'évaluation contestables**

Lorsque la minorité et l'existence d'un danger pour le mineur sont établies, ce dernier doit bénéficier d'une mesure de protection de l'enfance au titre de l'article 375 du code civil.

L'évaluation de la minorité a pour la première fois retenue l'attention du législateur dans la loi du 14 mars 2016 précitée, laquelle vient préciser l'article 388 du code civil. En indiquant que les conclusions des examens radiologiques osseux ne peuvent suffire à déterminer si l'intéressé est mineur, la technique de l'évaluation par faisceau d'indices a acquis une portée législative.

Une telle légalisation va dans le sens des préconisations du Comité des droits de l'enfant qui précise, dans son observation générale n° 6, que l'évaluation de l'âge du mineur non accompagné « *ne devrait pas se fonder uniquement sur l'apparence physique de l'individu mais aussi sur son degré de maturité psychologique. Cette évaluation doit en outre être menée scientifiquement, dans le souci de la sécurité de l'enfant, de*

*manière adaptée à son statut d'enfant et à son sexe et équitablement, afin de prévenir tout risque de violation de l'intégrité physique de l'enfant ; cette évaluation doit en outre se faire avec tout le respect dû à la dignité humaine et, en cas d'incertitude persistante, le bénéfice du doute doit être accordé à l'intéressé – qu'il convient de traiter comme un enfant si la possibilité existe qu'il s'agisse effectivement d'un mineur ».*

Cette technique est également préconisée par les circulaires du 31 mai 2013 et du 25 janvier 2016 qui précisent que l'évaluation de la minorité doit s'appuyer sur les éléments recueillis lors des entretiens conduits avec le mineur par un personnel qualifié (ii) combinés avec une vérification de l'authenticité des documents d'état civil conforme à l'article 47 du code civil (iii), et, seulement en cas de doute persistant, avec les résultats de l'examen radiologique d'âge osseux (iv). Pendant toute la période d'évaluation de la situation, le mineur doit être recueilli (i).

#### **i. Le recueil provisoire**

L'article L.223-2 du CASF dispose qu'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. Par ailleurs, si 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 (compétence du juge des enfants en cas de situation de danger pour l'enfant concerné).

S'agissant de la situation spécifique des mineurs étrangers non accompagnés, le protocole entre l'Etat et les départements contenu dans la circulaire du 31 mai 2013 précise que : « Le conseil *général du lieu où le jeune se déclarant mineur isolé étranger a été repéré ou s'est présenté, l'accueille pendant les 5 jours de l'accueil provisoire d'urgence prévu à l'article L.223-2 du Code de l'action sociale et des familles* ». La circulaire prévoit le remboursement de ces 5 jours par l'Etat sur une base forfaitaire de 250 euros par jour et par jeune.

Dans les faits, cet accueil provisoire s'avère parfois inexistant ou se limite à un accueil de type hôtelier, peu adapté aux jeunes particulièrement vulnérables. Or cette phase de recueil provisoire peut parfois durer plusieurs mois, malgré les délais légaux pourtant rappelés par la circulaire, sans accompagnement éducatif, sans recherche ou possibilité de scolarisation ou de formation professionnelle, et parfois sans bilans de santé. Le Défenseur a eu l'occasion de pointer, notamment dans sa décision n° [MDE-2014-127](#), l'absence totale de prise en

charge de certains jeunes durant la phase d'évaluation précédant une décision relative à leur admission au bénéfice de la protection de l'enfance.

Dans d'autres cas, la prise en charge existe durant le temps de l'évaluation mais ce sont les conditions matérielles de celle-ci qui sont particulièrement inquiétantes (hôtels inopportuns, établissements insalubres...).

Or, pour parvenir à une évaluation socio-éducative de qualité, il est nécessaire de pouvoir rapidement repérer les mineurs les plus vulnérables, notamment les jeunes filles, les enfants les plus jeunes ou souffrant de troubles psychiques ou d'affections médicales, ainsi que ceux dont le parcours d'exil a été particulièrement long ou douloureux, afin de les recueillir. Une « mise à l'abri » adaptée est d'autant plus importante que cette phase de premier accueil nécessite une mise en confiance du jeune.

Dans ce contexte, le Défenseur des droits déplore que la circulaire interministérielle de 2016 ne soit pas venue rappeler le caractère impératif de ce recueil provisoire.

**C'est pourquoi le Défenseur des droits recommande au Garde des Sceaux de rappeler expressément, dans le décret d'application à venir sur l'harmonisation des conditions d'évaluation de la minorité et de l'isolement, le caractère impératif du recueil provisoire des mineurs étrangers non accompagnés durant la phase d'évaluation précédant la décision relative à leur admission au bénéfice de la protection de l'enfance. Les dispositions réglementaires devront préciser la nécessité du caractère adapté de l'accueil à la situation individuelle de chaque mineur.**

#### *ii. Une évaluation socio-éducative à améliorer*

L'évaluation socio-éducative du mineur, préalable à sa prise en charge, est déterminante. Elle ne saurait se résumer à l'estimation de son âge et doit conduire à déterminer le degré d'isolement du jeune étranger ainsi que les éléments spécifiques de vulnérabilité qui pourraient appeler une protection particulière, d'ordre sanitaire, psychosocial, matériel ou autre, y compris ceux en rapport avec les violences domestiques, la traite ou un traumatisme éventuel.

Le droit international impose que le processus d'évaluation soit guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>510</sup> et mené de manière bienveillante par des professionnels qualifiés, assistants de service social ou éducateurs spécialisés, ayant reçu une formation complémentaire sur la problématique des mineurs étrangers non accompagnés, et maîtrisant les techniques d'entretien adaptées à l'âge et au sexe de l'enfant,

en présence, le cas échéant, d'un interprète<sup>511</sup>. C'est également dans ce sens que le Comité des droits de l'enfant a fait des recommandations le 29 janvier dernier<sup>512</sup>.

La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant ne donne aucun cadre à cette évaluation et évoque uniquement en son article 48 que « les conditions d'évaluation de la situation de ces mineurs » seront définies par décret en Conseil d'Etat. Il est regrettable que le législateur n'ait pas saisi l'occasion d'intégrer les lignes directrices dessinées notamment par le Comité de l'ONU car cette absence de cadre conduit parfois à des pratiques tout à fait contestables.

Le Défenseur a eu l'occasion de relever à plusieurs reprises et dans de nombreux départements des évaluations empreintes de stéréotypes ou de jugements de valeur, notamment sur la sincérité des propos relatés.

Il remarque par ailleurs que dans de nombreux cas, la chronologie des étapes de l'évaluation, pourtant clairement établie dans la circulaire du 31 mai 2013, n'est pas respectée, toutes les investigations, y compris l'examen d'âge osseux, étant menées concomitamment.

Parfois, le résultat des examens médicaux d'estimation de l'âge est même retenu comme unique méthode d'évaluation.

Les mineurs étrangers non accompagnés font aussi parfois l'objet d'une présentation aux services de police avant toute évaluation, notamment aux services de la police de l'air et des frontières (PAF). C'est le cas des jeunes interpellés sur la voie publique ou se présentant spontanément au commissariat de police pour y demander de l'aide. Cette problématique s'illustre également au travers des saisines d'associations présentes en centres de rétention administrative (CRA) dans lesquels ces jeunes se retrouvent à l'issue d'une détermination hâtive de leur âge par le biais d'un interrogatoire de police et d'un examen osseux requis par le procureur de la République (cf. *supra*, partie I). Ces pratiques attestent de l'accent qui est mis sur le statut d'étranger et la situation administrative de ces jeunes avant toute prise en compte de leur vulnérabilité.

A plusieurs reprises, le Défenseur a rappelé qu'une évaluation complète de la situation d'un jeune étranger se déclarant mineur par les services socio-éducatifs devait intervenir avant toute présentation à la police, laquelle peut en outre se révéler particulièrement déstabilisante.

**C'est pourquoi le Défenseur des droits réitère ses recommandations et observations, formulées notamment dans les décisions n° [MDE-2012-179](#) et n° [MDE-2015-157](#) et demande au ministre de**

**l'Intérieur de rappeler aux forces de police et de gendarmerie, par tout moyen, que la situation d'un jeune étranger se disant mineur et isolé sur le territoire doit être évaluée par les services du conseil départemental du lieu où il a été trouvé, conformément aux circulaires précitées, avant de faire l'objet de toute autre forme d'investigation.**

Par ailleurs, afin que cette évaluation soit véritablement conduite dans l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que le Défenseur le précise dans sa décision n° [MDE-2012-179](#) précitée, les conditions dans lesquelles elle se déroule doivent faire l'objet de toutes les attentions.

A cet égard, il semblerait opportun de procéder à l'entretien d'évaluation, non pas à l'arrivée du jeune mais après au moins une journée de repos, le premier entretien pouvant être axé sur les explications des procédures à venir. Les conditions de réalisation de l'évaluation (mise à l'abri, pluridisciplinarité, pluralité d'entretiens...) devraient être précisées au magistrat pour lui permettre d'apprécier la portée des conclusions.

Par ailleurs, il importe que cet entretien soit mené de manière bienveillante, par des professionnels qualifiés, assistants de service social ou éducateurs spécialisés ayant reçu une formation complémentaire à la problématique des mineurs isolés étrangers et maîtrisant les techniques d'entretien adaptées à l'âge, au sexe de l'enfant, en présence, dès que cela s'avère nécessaire, d'un interprète.

Le Défenseur des droits recommande aux conseils départementaux de mettre à profit le recueil administratif d'urgence de 5 jours durant lequel le jeune est à la charge financière de l'Etat, pour organiser plusieurs entretiens d'évaluation, contribuant ainsi à une mise en confiance et un apaisement du jeune, propice à une plus grande sincérité dans les propos.

Il invite par ailleurs les conseils départementaux à procéder, dans les cas où il existe un doute sur la minorité du jeune, à une double évaluation confiée à des évaluateurs ayant des profils professionnels différents, dont au moins un travailleur social diplômé d'Etat, afin de confronter les avis et d'apprécier la compatibilité entre l'âge allégué et les conclusions des différents évaluateurs.

Enfin, le critère de **l'isolement** doit faire l'objet d'une attention particulière. En effet, l'absence d'isolement ne saurait à lui seul éliminer toute situation de danger pour le mineur. Ainsi, lorsque celui-ci est en lien avec un ou plusieurs majeurs présents sur le territoire national, il convient d'examiner ses conditions de vie, la qualité des liens avec la ou les personnes avec qui il est en « relation ». Ces informations

essentiels permettront par la suite d'envisager ou non, de sécuriser le statut du jeune par rapport à cette personne, en le lui confiant, par exemple en qualité de tiers digne de confiance<sup>513</sup>.

Par ailleurs, l'évaluation ne devrait jamais se borner à conclure à une absence d'isolement sans qu'ait été vérifiée l'absence de danger. C'est ce que rappellent les Inspections générales dans un rapport de 2013 : « *L'évaluation a bien pour objet d'apprécier la situation de danger, ou de risque de danger, dans laquelle se trouve le jeune, et dont l'isolement, considéré comme l'absence de représentant légal sur le territoire, n'est qu'un des éléments. Par ailleurs, l'absence de représentant légal peut assurément placer le jeune dans un état de vulnérabilité, mais n'emporte pas obligatoirement un état de danger* »<sup>514</sup>. Les inspections générales soulignent à cet égard que la circulaire du 31 mai 2013, dans la mesure où elle ne fait à aucun moment état de l'évaluation de la situation de danger du jeune, mais seulement de la minorité et de la situation d'isolement<sup>515</sup>, crée « *une confusion entre l'isolement entendu comme absence de représentant légal sur le territoire national, et le danger ou le risque de danger, qui doit être apprécié de manière actuelle et certaine. Elle conduit à présumer le danger du seul fait de l'isolement. Or, le danger repose sur la situation individuelle du jeune, et résulte d'un faisceau d'indices dont l'isolement fait partie, au même titre que l'absence de domicile et celle de prise en charge éducative* »<sup>516</sup>. La même réserve peut être émise à l'égard de la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 et on ne peut que regretter le silence de la loi du 14 mars 2016 sur ce point.

**Fort des analyses des Inspections générales, le Défenseur des droits recommande aux conseils départementaux et à l'autorité judiciaire d'interpréter la notion d'isolement au sens strict de la loi, c'est-à-dire de considérer comme étant isolé tout enfant « *privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille* ». L'isolement, considéré comme l'absence de représentant légal sur le territoire, constitue un élément de l'appréciation du danger, parmi d'autres. Une définition de cette notion dans le décret d'application de la loi à paraître serait pertinente.**

### **iii. Les modalités de vérification des actes d'état civil fluctuantes selon les départements**

La prise en compte des documents d'état civil ou des papiers d'identité présentés par le jeune revêt une importance majeure et occupe une place importante dans la méthode dite du faisceau d'indices.

L'article 47 du code civil pose une présomption d'authenticité des actes d'état civil étrangers. En cas de doute sur l'authenticité de ces documents, cette présomption ne peut être renversée qu'en rappor-

tant la preuve du caractère irrégulier, falsifié ou non conforme à la réalité de l'acte. Pour cela, les autorités doivent procéder à une vérification auprès de l'autorité étrangère, selon les conditions fixées par la loi et en respectant certaines garanties<sup>517</sup> : informer, par tous les moyens, la personne concernée de l'engagement de cette procédure et lui permettre – selon le principe du contradictoire – d'apporter tout élément complémentaire à l'appui de ses déclarations<sup>518</sup>.

Le Défenseur constate, au travers des réclamations qui lui sont soumises, que les lectures de l'article 47 du code civil varient sensiblement d'un département à l'autre. De nombreux étrangers non accompagnés se voient ainsi déclarés majeurs, alors même qu'ils sont en possession de documents d'état civil, parfois même authentifiés, attestant de leur minorité. Nombre d'entre eux sont écartés du dispositif de protection de l'enfance après avoir subi des examens d'âge osseux, sans que n'aient été pris en compte, au préalable, les documents d'état civil produits, ou sans que leur validité n'ait été contestée.

Il peut en outre exister des divergences d'application de l'article 47 du code civil entre les juges d'une même juridiction (juges des enfants, juges aux affaires familiales en charge des tutelles mineurs), entre les différentes juridictions judiciaires, ainsi qu'entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Le même constat est dressé par les Inspections<sup>519</sup>.

Enfin, le Défenseur a été informé à plusieurs reprises de situations dans lesquelles la décision judiciaire fixait la date de naissance du jeune en fonction de l'examen médical effectué, et ce même en présence d'un acte d'état civil authentifié ou n'ayant pas fait l'objet d'une vérification documentaire.

Si la circulaire du 31 mai 2013, fidèle à l'article 47 du code civil, soulignait que l'appartenance au mineur des documents présentés ne pouvait être remise en cause dès lors que leur authenticité n'était pas contestée, la circulaire du 25 janvier 2016 indique quant à elle que « *lorsque l'intéressé produit un acte d'état civil, la validité de celui-ci suppose qu'il puisse lui être rattaché sans contestation* ». De l'appartenance présumée du document non contesté au jeune qui le présentait, on est donc passé à une position qui tend à conditionner la validité même de l'acte d'état civil à son rattachement incontestable à l'intéressé. A cet égard, la circulaire du 25 janvier 2016 marque un retour en arrière inquiétant s'agissant d'actes d'état civil qui, dans la plupart des pays du monde y compris en France, ne comportent pas de photographie et pourraient donc être systématiquement considérés comme non valides puisque non susceptibles d'être rattachés « sans contestation » au jeune.

La circulaire du 25 janvier 2016, rédigée antérieurement à l'adoption de la loi du 14 mars, mais dont la validité n'est pas remise en question, introduit en son annexe 4, la possibilité pour les services des conseils départementaux de solliciter des vérifications documentaires auprès des services de la préfecture de département. Elle précise toutefois que la saisine des services de l'Etat aux fins de vérification des documents présentés ne pourra revêtir un caractère systématique mais devra être réservée au cas où un doute sur l'âge du mineur subsisterait à l'issue de l'évaluation socio-éducative. Elle énumère par ailleurs les éléments de nature à faire douter de l'authenticité d'un acte produit. Elle invite enfin les conseils départementaux à conclure avec les préfectures des protocoles visant à fluidifier les procédures de vérification, afin que ces dernières puissent être opérées dans les 5 jours du recueil provisoire, prolongé le cas échéant par une ordonnance de placement provisoire de 8 jours.

**Le Défenseur des droits préconise qu'il soit demandé par voie de circulaire aux autorités procédant aux vérifications des actes d'état civil de solliciter, chaque fois qu'un doute persistant existe sur l'authenticité de l'acte, une levée d'acte auprès des autorités étrangères compétentes afin que puisse être vérifiée la conformité de l'acte en cause au regard de la législation locale.**

#### *iv. La détermination de la minorité par le recours contestable aux examens osseux*

Ainsi qu'il a été développé précédemment, la loi du 14 mars 2016 modifiant l'article 388 du code civil précise que les conclusions d'examens radiologiques osseux ne peuvent à elles seules permettre de déterminer que l'intéressé est mineur. Se faisant, le législateur impose de tenir compte d'autres paramètres, au rang desquels se trouve l'évaluation socio-éducative, conformément aux préconisations faites dans les circulaires du 31 mai 2013, puis du 25 janvier 2016.

La légalisation de la méthode du faisceau d'indices, si elle doit être accueillie favorablement, a une contrepartie, celle de légaliser dans le même temps le recours aux examens osseux pour lesquels le Défenseur émet les plus grandes réserves.

L'article 388 du code civil dispose dans sa nouvelle rédaction que « *les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé. Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé. En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne*



*peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires* ».

Or, dans la mesure où les termes de cet article sont imprécis, ils confèrent une large marge d'interprétation des notions telles que « *documents d'identité valables* » ou « *âge allégué non vraisemblable* », permettant d'autant plus aisément de recourir à ces examens.

Ces examens consistent le plus souvent en des radiographies osseuses pouvant être complétées par des radios panoramiques dentaires, parfois un scanner de la clavicule. Jusqu'à la publication de la loi relative à la protection de l'enfant, il pouvait également être procédé à des examens des organes génitaux externes en vue de déterminer le développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires. Sur ce point, le Défenseur salue la prohibition par le législateur de tels examens, traumatisants, qu'il avait eu l'occasion d'appeler de ces vœux dans ses différentes auditions sur le projet de loi.

Par ailleurs, le Défenseur a connaissance de pratiques très discutables développées dans certains départements, consistant à faire subir aux mineurs plusieurs examens osseux, lesquels peuvent rendre des résultats contradictoires, avec des écarts pouvant aller jusqu'à 13/14 ans. Il constate également que ces examens ne sont pas toujours pratiqués dans une unité médico-judiciaire, mais dans des unités hospitalières voire des cabinets de radiologie qui n'ont pas d'approche pluridisciplinaire, contrairement à ce que préconise le protocole annexé aux circulaires de 2013 et 2016. La présence d'un interprète peut également faire défaut.

Tant en France qu'au niveau international, le recours à une telle expertise médicale est aujourd'hui très contesté en raison de son absence de fiabilité et de l'atteinte portée à la dignité et à l'intégrité physique des enfants<sup>520</sup>. Il a toutefois récemment été intégré dans la loi du 14 mars 2016 précitée. Réalisés uniquement en dernière intention, les examens radiologiques osseux ne pourront être ordonnés qu'en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, c'est-à-dire lorsqu'un doute demeure sur la situation de minorité.

En disposant que cet examen ne peut ainsi être réalisé qu'avec le consentement du jeune, conformément à ce que commandent le droit interne comme international<sup>521</sup> aux termes desquels Les autorités sont tenues de recueillir le consentement libre et éclairé du mineur préalablement à tout examen médical, conformément à ce que commandent le droit interne<sup>522</sup> comme international<sup>523</sup>. Ce recueil

implique que le mineur soit parfaitement informé du déroulement de l'examen lui-même, de ses conséquences et qu'un refus de se prêter à l'examen ne puisse pas être interprété comme une reconnaissance implicite de majorité. En effet, tirer du refus d'un examen médical incertain des conclusions en défaveur de la personne, annulerait de fait, la liberté de choix accordée par le législateur.

Enfin, le Défenseur constate avec satisfaction que législateur a repris, en inscrivant dans la loi la formule selon laquelle le doute doit profiter à l'intéressé, une préconisation formulée par le Comité des droits de l'enfant<sup>524</sup>.

Toutefois, il entend réitérer ici sa position émise notamment dans sa décision n° [MDE-2016-048](#) selon laquelle l'utilisation des tests osseux destinés à déterminer l'âge des mineurs non accompagnés est inadéquate, inefficace et porte atteinte à la dignité des enfants.

**Déplorant que la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant ait doté le recours aux examens radiologiques osseux d'une base légale dont ils étaient jusqu'alors dépourvus et regrettant que cette légalisation ne soit pas accompagnée, à tout le moins, d'un encadrement précis et exigeant, le Défenseur des droits réitère sa recommandation selon laquelle il doit être mis un terme au recours aux examens médicaux d'âge.**

**A défaut d'une telle suppression, il recommande qu'une attention particulière soit portée par l'autorité judiciaire, chargée d'ordonner et d'apprécier les conclusions des examens radiologiques osseux, au respect du libre choix du jeune à s'y prêter ou non, et à appliquer avec rigueur la disposition légale selon laquelle le doute doit profiter à l'intéressé.**

#### **b. Un accès aux droits et à la justice défaillant**

La circulaire du 31 mai 2013 et le protocole entre l'Etat et les départements précité ne contiennent aucune disposition relative à l'information des jeunes sur leurs droits<sup>525</sup>. A cet égard, les Inspections générales constataient dans leur rapport de 2014 que la majorité des décisions prises par les départements mettant fin à l'accueil provisoire sans signaler le jeune au parquet, n'était ni motivée, ni notifiée.<sup>526</sup> Elles remarquaient également que les décisions de classement sans suite des procédures sur la base d'un non-lieu à assistance éducative pour des jeunes estimés majeurs n'étaient pas systématiquement formalisées par écrit et adressées au département en vue de leur notification aux jeunes, alors que ces derniers ont la possibilité de saisir directement le juge des enfants en assistance éducative, conformément à l'article 375 du code civil. Pourtant, la notification de la décision de non-admission emporte des conséquences impor-

tantes notamment en matière d'accès à l'hébergement d'urgence, puisque celui est réservé aux personnes justifiant être majeures. Aussi, le Défenseur prend acte avec satisfaction des dispositions de la circulaire du 25 janvier 2016 qui précisent que : « *En cas de majorité avérée, les intéressés devraient se voir remettre par l'autorité ayant pris la décision un document indiquant qu'une prise en charge au titre de la protection de l'enfance leur a été refusée pour cette raison* ». Il regrette néanmoins que la circulaire ne donne aucune précision relative à l'information des jeunes sur leurs droits.

En effet, les mineurs étrangers non accompagnés doivent être informés de leurs droits, des voies de recours dont ils disposent et des décisions prises à leur égard, dans une langue qu'ils comprennent et d'une manière adaptée à leur degré de maturité et leur capacité de compréhension, le cas échéant, avec la mise à disposition d'un interprète à tous les stades de la procédure. De nombreuses normes internationales imposent d'ailleurs qu'ils soient assistés juridiquement par une personne habilitée à défendre leurs intérêts de façon à pouvoir contester utilement les décisions qui leur font grief<sup>527</sup>.

**Le Défenseur des droits recommande que des dispositions soient prises afin que tout jeune évalué majeur puisse se voir remettre une copie de son évaluation, une décision motivée de non-admission au bénéfice de l'aide sociale à l'enfance, mentionnant les voies de recours, ainsi qu'une notice explicative d'accès aux droits**<sup>528</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence actuelle n'est pas suffisamment claire sur la capacité à agir des mineurs et les voies de recours dont ils disposent en cas de minorité contestée par les autorités. Alors que l'ASE peut considérer un jeune comme majeur, celui-ci peut se voir opposer l'incapacité à ester en justice<sup>529</sup>. En outre, le juge administratif se déclare incompétent pour examiner le refus d'admission à l'ASE opposé par un département en raison de la possibilité pour le mineur de saisir le juge des enfants<sup>530</sup>. Or, il arrive que ce dernier s'estime lui aussi incompétent<sup>531</sup>. Une telle insécurité juridique, ajoutée aux délais de traitement, sont incompatibles avec les exigences requises par la CDE et préjudiciables à l'enfant, dont la situation de danger appelle une réponse urgente.

Face à ces constats très inquiétants, le Défenseur des droits, dans sa décision n° [MDE-2016-052](#) du 26 février 2016 sur l'accès aux droits et à la justice des mineurs isolés étrangers, a rappelé un certain nombre de principes et de garanties s'appliquant à tout justiciable, quelle que soit sa situation au regard du droit au séjour et quel que soit l'âge retenu à terme par les juridictions saisies.

Il a notamment rappelé que conformément, d'une part, à l'article 14 du code de procédure civile, qui prévoit que « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* » et, d'autre part, aux articles 388-1 du code civil et 1182 et 1189 du code de procédure civile relatifs à l'audition de l'enfant doué de discernement en matière d'assistance éducative, la convocation puis l'audition du jeune se disant mineur en audience devant le juge des enfants est de droit dès lors qu'il en fait la demande, et ce à peine de nullité, ainsi que l'a récemment jugé la Cour d'appel de Colmar le 21 avril 2015<sup>532</sup>.

Le Défenseur a insisté sur la nécessité, pour favoriser l'effectivité du droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat dès l'ouverture de la procédure<sup>533</sup>, de veiller à ce que, outre sa mention dans la convocation adressée par le juge des enfants, ce droit soit oralement rappelé à l'audience, afin que le jeune puisse demander la désignation d'un avocat. En effet, la présence d'un conseil aux côtés du jeune est cruciale pour veiller au respect de ses droits dans toutes les procédures auxquelles il est confronté.

A ce titre, l'article 388-1 du code civil indique que le mineur « *peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix* ». Ainsi les représentants des associations ou bénévoles accompagnant les jeunes migrants dans leurs démarches, doivent pouvoir, si ces derniers en font la demande, les accompagner, d'autant plus que leur connaissance des jeunes est souvent très utile à une meilleure appréhension de la situation soumise au magistrat.

Le Défenseur des droits a enfin rappelé que toute requête déposée par le jeune lui-même doit donner lieu à une décision, valablement notifiée au requérant et à son conseil permettant d'exercer un recours. Toutefois, la notification des décisions de justice peut s'avérer parfois très compliquée à l'égard de jeunes en errance et sans lieu de prise en charge. Or, c'est cette notification qui fait courir les délais de recours opposables à l'intéressé. Là encore, l'assistance d'un avocat dès l'ouverture de la procédure s'avère essentielle au droit à un recours effectif puisque la décision lui sera également notifiée et il pourra lui-même en informer le jeune.

## **2. Une qualité de prise en charge très variable**

Conscient des difficultés budgétaires rencontrées par les conseils départementaux et de l'enjeu de la répartition des charges entre l'Etat et les départements, le Défenseur souhaite rappeler le droit des mineurs non accompagnés à bénéficier d'une réelle prise en charge tenant compte des différents aspects de leurs besoins.

Dans le but de remédier aux difficultés budgétaires affectant la prise en charge des mineurs non accompagnés qu'invoquaient certains départements plus sollicités en matière de protection de l'enfance, le principe d'une répartition géographique entre les départements de cette prise en charge, pilotée au niveau national, a d'abord été posé par le protocole élaboré entre l'Etat et l'Assemblée des départements de France, annexé à la circulaire du 31 mai 2013. Toutefois, dans une décision du 30 janvier 2015, le Conseil d'Etat a partiellement annulé la circulaire, considérant que la définition des modalités de répartition relevait du domaine de la loi. Bloquant le processus de répartition, cette décision a contribué à rendre les conditions d'accueil très difficiles dans certains départements. Pour mettre un terme à ces blocages, la loi du 14 mars 2016<sup>534</sup> est venue donner une base légale au principe de répartition nationale. Elle renvoie à un décret en Conseil d'Etat – non encore publié – la fixation des modalités d'application.

Espérant que le rétablissement de la répartition géographique permettra aux conseils départementaux de faire davantage face à leurs obligations légales, le Défenseur souhaite rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur toute autre considération dans la prise de décision d'orientation géographique du mineur. La loi du 14 mars 2016 précise à cet égard et à juste titre que « *le procureur de la République ou le juge des enfants prend sa décision en stricte considération de l'intérêt de l'enfant, qu'il apprécie notamment à partir des éléments ainsi transmis pour garantir des modalités d'accueil adaptées* »<sup>535</sup>.

Or, à plusieurs reprises, le Défenseur a été saisi de cas où des mineurs non accompagnés orientés vers un autre département que le département initial avaient fait l'objet d'une réévaluation, bien souvent à leur détriment. Ces pratiques ont également été évoquées par les Inspections générales qui, faute de données disponibles à l'échelle nationale, n'ont pas pu en mesurer l'ampleur. Quoi qu'il en soit, ces réévaluations ne sont non seulement pas prévues par la circulaire du 31 mai 2013 mais sont même expressément réduites par la circulaire du 25 janvier 2016 qui limite cette possibilité « *aux situations dans lesquelles la qualité de la première évaluation est manifestement insuffisante et ne permet pas de fonder une décision* ». Si l'on peut se réjouir de la prise de conscience par l'Etat des difficultés tenant à ces doubles évaluations contradictoires, on ne peut que s'interroger à nouveau sur l'imprécision des termes employés dans l'expression « *évaluation manifestement insuffisante* » et craindre des interprétations variables, peu sécurisées sur le plan juridique.

Le Défenseur des droits recommande que le garde des Sceaux précise dans le décret d'application de la loi à paraître la notion d'« *évaluation manifestement insuffisante* », afin que les réévaluations par les départements de destination, si elles ne sont proscrites, demeurent tout à fait exceptionnelles.

C'est à travers le traitement des réclamations individuelles que le Défenseur constate que la qualité de la prise en charge des mineurs non accompagnés varie particulièrement d'un département à l'autre. Les départements peuvent faire différer cette prise en charge selon l'âge de l'intéressé, son profil et son histoire. Ainsi, les enfants peuvent être confiés à une famille d'accueil, à un établissement socio-éducatif, ou à un centre de formation professionnelle. Il faut souligner que la majorité d'entre eux bénéficient d'une formation et d'un suivi socio-éducatif. Toutefois, cette prise en charge se fait parfois dans des conditions qui ne sont pas satisfaisantes.

Ainsi, de nombreux jeunes sont hébergés à l'hôtel, dont certains se situent dans des endroits peu sûrs, alors que leur profil devrait le proscrire. Une telle prise en charge est particulièrement inadaptée aux jeunes présentant des troubles mentaux ou psychologiquement fragiles ou aux jeunes, filles ou garçons, qui pourraient être victimes de traite ou d'exploitation ou sollicités pour des actes sexuels tarifés. Cette position, partagée par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>536</sup>, avait déjà été soulignée par le Comité européen des droits sociaux dans l'affaire *DEI c. Belgique* du 23 octobre 2012. Ce constat est enfin observé par les Inspections générales, notamment dans les départements où les capacités d'accueil sont saturées<sup>537</sup>.

**Le Défenseur des droits préconise aux conseils départementaux de considérer l'hébergement à l'hôtel comme une solution de dernier recours, et de le proscrire pour les mineurs les plus vulnérables, notamment ceux qui se trouvent exposés à des risques de traite des êtres humains.**

En outre, alors que certains jeunes bénéficient d'un accueil de jour et d'un suivi socio-éducatif assurés par des associations spécialisées, d'autres – notamment les jeunes les plus âgés – ne bénéficient que d'un suivi administratif sans soutien éducatif. Pour plusieurs d'entre eux, le suivi éducatif s'avère très succinct et limité. Ils peuvent alors être soutenus par des associations qui les aident à trouver une scolarisation ou une formation professionnelle et tentent de palier un vide socio-éducatif. Cependant, cet accompagnement met parfois le jeune en conflit de loyauté vis-à-vis de l'ASE, lorsqu'il n'y a pas de concertation voire une certaine défiance, entre les professionnels.

Parfois, ce sont les orientations décidées par les services de l'ASE qui sont incohérentes, les jeunes n'étant pas suffisamment entendus et accompagnés.

De même, l'accompagnement des jeunes dans leurs démarches juridiques et administratives est parfois insuffisant, souvent en raison d'un manque de formation des travailleurs sociaux<sup>538</sup>. La prise en charge au titre de la protection de l'enfance doit pourtant permettre à l'enfant de construire un projet de vie, lequel repose, selon les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, sur une approche globale, intégrée et pluridisciplinaire, tenant compte de la situation spécifique de l'enfant, notamment des éléments tels que son profil, son parcours migratoire, son environnement familial et ses attentes<sup>539</sup>.

**Le Défenseur des droits recommande que des dispositions soient prises aux fins d'intégrer, lorsque cela n'est pas déjà le cas, aux programmes de formation initiale et continue des écoles de formation des travailleurs sociaux des modules consacrés aux statuts juridique et administratif des enfants non accompagnés ainsi que des modules de droit des étrangers, qui permettront aux professionnels et futurs professionnels d'appréhender avec finesse la situation des mineurs accueillis et de prévoir les procédures à mettre en œuvre à l'approche de leurs 18 ans.**

S'il est prévu, depuis la loi du 5 mars 2007, qu'un « *projet pour l'enfant* » soit établi par les services en charge des mesures d'assistance éducative, certains départements tendent néanmoins à considérer que ce projet, dès lors qu'il ne peut être travaillé avec les parents – du fait de leur absence ou de leur décès –, n'a pas à être établi en faveur des mineurs non accompagnés.

De ce point de vue, l'article 15 de la loi précitée du 14 mars 2016, qui insère dans le CASF un nouvel article L.222-5-1, peut être salué comme une avancée. Ce nouvel article prévoit en effet que tout mineur non accompagné pris en charge par l'ASE bénéficie, un an avant sa majorité, d'un entretien organisé par le président du conseil départemental pour faire un bilan sur son parcours et envisager son accompagnement vers l'autonomie. Ce faisant, le législateur rappelle clairement l'enjeu que constitue le passage à la majorité pour les mineurs non accompagnés pris en charge à l'ASE et le rôle d'accompagnement incontournable que doit remplir le conseil départemental. Vont en ce sens les dispositions, très positives, qui prévoient la possibilité d'étendre l'accompagnement au-delà de leur majorité pour permettre au mineur de terminer l'année scolaire ou universitaire

engagée<sup>540</sup>, et de percevoir, à sa majorité, les allocations de rentrée scolaire qui auront été consignées à son attention à la Caisse des dépôts et consignations<sup>541</sup>.

**Le Défenseur des droits recommande aux conseils départementaux de mettre en œuvre de manière effective le dispositif législatif existant et d'élaborer avec les mineurs non accompagnés des projets pour l'enfant prenant en compte leur projet migratoire et leur permettant ainsi de formuler et réaliser leurs objectifs de vie.**

Par ailleurs, la problématique des enfants isolés victimes d'exploitation en vue de commettre des délits a pris de l'ampleur et le Défenseur des droits s'inquiète du fait que ces mineurs sont parfois considérés exclusivement comme des délinquants sans que l'on parvienne à assurer leur protection. Or, il est indispensable de penser à des modalités de prise en charge adaptées, tenant compte de la force des « réseaux », de l'appartenance à telle ou telle communauté, tant en ce qui concerne la protection de l'enfance que l'aménagement de peines.

**Le Défenseur des droits recommande à l'Etat de se doter d'un système de protection des mineurs victimes de la traite des êtres humains efficace, conformément aux récentes préconisations de la CNCDH<sup>542</sup>, notamment en assurant une collecte des données permettant d'avoir une réelle connaissance du phénomène et en développant une véritable politique de prévention, d'identification des victimes et de répression.**

Outre les insuffisances dans la prise en charge dont peut faire l'objet le mineur étranger, des obstacles à l'exercice de certains droits fondamentaux persistent.

## B. MINORITÉ ET EXTRANÉITÉ, DEUX FACTEURS D'ENTRAVE À L'EXERCICE DES DROITS FONDAMENTAUX

Même dans le cadre d'une prise en charge par la protection de l'enfance, les droits du mineur isolé étranger à la protection de sa santé (1), à la protection au titre du droit d'asile (2) ou encore à la formation professionnelle (3) ne bénéficient pas toujours d'une réelle effectivité. En outre, qu'ils soient isolés ou non, le droit à l'éducation des enfants étrangers connaît beaucoup d'entraves (4).

### 1. Droit à la protection de la santé

Le droit des mineurs à la protection de la santé est garanti par plusieurs dispositions du droit international<sup>543</sup>. Dans leur rapport de 2014, les Inspections générales se sont penchées sur l'effectivité de ce



droit s'agissant des mineurs étrangers non accompagnés. Plusieurs de leurs constats et préconisations méritent d'être retranscrits ici :

*« La plupart des jeunes accueillis dans les conseils généraux ne présentent pas de problèmes de santé particuliers, même si des pathologies graves peuvent parfois être identifiées. (...) Les données recueillies par le COMEDE<sup>544</sup>, ou dans certains centres de santé accueillant des MIE font ainsi apparaître des problèmes de santé spécifiques chez ces publics, tels que les psycho-traumatismes et les pathologies infectieuses contractées dans le pays d'origine ou lors du parcours migratoire.*

*Au regard des spécificités sanitaires du public des MIE, les soins et l'accompagnement de ce public sont une des composantes de leur accueil et de leur prise en charge, relevant d'une approche pluridisciplinaire dans des conditions de communication satisfaisantes (interprétariat). Le protocole annexé à la circulaire du 31 mai 2013 prévoit que des questions sur la santé des jeunes leur soient posées dans le cadre de leur évaluation sans toutefois en préciser la nature.*

*Une fois le jeune admis à l'ASE, des actions à plus long terme doivent pouvoir être mises en place : dépistage et prise en charge des pathologies infectieuses (VIH, tuberculose, hépatites virales...), mise à jour vaccinale, dépistage et prise en charge de pathologies non infectieuses passées inaperçues dans le pays d'origine (diabète...) ou acquises lors du parcours d'exil (syndromes psycho-traumatiques). Une attention particulière doit également s'exercer pour les jeunes non admis à l'ASE présentant un problème de santé (accès aux soins). De tels dispositifs ont déjà été mis en place dans les départements habitués à ces publics. En tout état de cause, la prise en compte des spécificités sanitaires des MIE suppose une sensibilisation des personnes responsables de l'évaluation de ce public et de sa prise en charge (repérage, conduites à tenir, accès aux soins...) et des partenariats avec les structures de soins et de prévention, ainsi que des liens avec les autorités sanitaires (ARS) ».*

Prenant acte de ces préconisations, la circulaire du 25 janvier 2016 indique que les mineurs étrangers non accompagnés « doivent faire l'objet d'une approche la plus précoce et la plus complète possible de leur état de santé, prenant en compte à la fois les spécificités liées à leur parcours migratoire (traumatismes physiques et psychiques, maltraitance, traite des êtres humains...) et leurs besoins particuliers, inhérents à leur statut d'enfant ». Ceux-ci doivent être « orientés sans délai vers les structures de droit commun les plus adaptées à leur âge supposé (ou déclaré) et à l'urgence de leur situation (...) afin qu'un premier bilan, comprenant un examen médical complet adapté à leur âge, une mise à jour vaccinale et un dépistage de la tuberculose, soit réalisé ». La circulaire précise par ailleurs que « les délégations territoriales des agences régionales de santé fourniront au service d'aide sociale à l'enfance du

*conseil départemental la liste des structures de droit commun pouvant réaliser un bilan de santé pour ces jeunes dès la phase d'évaluation » et qu'il appartient aux services de l'Etat « de veiller à ce que l'affiliation des jeunes pris en charge par l'ASE soit effective et ne fasse pas l'objet de difficultés particulières auprès des caisses de sécurité sociale ».*

**Le Défenseur des droits recommande aux conseils départementaux de prendre des dispositions pour qu'un bilan de santé soit effectivement systématiquement effectué dès le stade du recueil provisoire et de l'évaluation, afin que puissent être détectées des pathologies graves, urgentes, contagieuses. Il demande aux agences régionales de santé de veiller attentivement, d'une part, à la diffusion de la liste des structures désignées pour réaliser ces bilans de santé auprès des services d'aide sociale à l'enfance, et d'autre part, à la fluidité de la coopération entre lesdites structures et les conseils départementaux.**

Le traumatisme subi par de nombreux enfants migrants appelle une prévenance et une attention spéciales dans leur prise en charge et leur réadaptation. En ce sens, le Comité des droits de l'enfant recommande aux Etats, s'agissant de la protection de la santé des mineurs non accompagnés, de tenir compte du sort et des éléments de vulnérabilité qui leur sont propres<sup>545</sup>. Or, le Défenseur constate, à travers les réclamations dont il est saisi et ses échanges avec les associations, que cette dimension est insuffisamment prise en compte. Les mineurs pris en charge sont en effet tenus à des exigences socio-éducatives et des échéances de réussite qui conditionnent leur maintien sur le territoire français. Cela implique que les travailleurs sociaux soient mobilisés sur des enjeux autres que la protection de leur santé, parmi lesquels la construction d'un projet socio-éducatif solide propre à assurer que le mineur puisse se voir octroyer un droit au séjour à sa majorité.

Nier les besoins de ses jeunes comporte le risque que se développent des troubles qui, au lieu d'être traités, ressurgiront à l'âge adulte. A cet égard, le travail fait pas certaines structures dans le cadre de mesures judiciaires d'investigation éducative (MJIE) prononcées par le juge des enfants, mérite d'être salué. En effet, en explorant, dans le cadre du **recueil d'informations relatives au mineur**, la dimension ethno-psychiatrique, comme le font par exemple le Centre Georges Devereux et l'hôpital Avicenne, ces mesures, en plus d'aider le juge à prendre sa décision, permet au jeune d'amorcer un travail thérapeutique autour de l'élaboration de son vécu traumatique.

**Le Défenseur des droits demande aux conseils départementaux d'intégrer, dans la prise en charge des mineurs étrangers non accompagnés, la question des besoins en soins de santé mentale,**

**notamment au moment de la préparation du projet pour l'enfant, et de garantir que ces soins soient délivrés, le cas échéant, par des professionnels qualifiés.**

## **2. Droit à la protection au titre de l'asile**

La réforme de l'asile intervenue par la loi du 29 juillet 2015 précitée ne prévoit pas de procédure spécifique aux mineurs, lesquels sont simplement soumis à l'exigence de se voir désigner un administrateur *ad hoc* les assistant dans leurs démarches<sup>546</sup>. Or, le Défenseur des droits constate que les mineurs étrangers non accompagnés rencontrent des difficultés pour accéder à l'asile du fait de cette exigence. Dans ses avis n° [14-13](#) et n° [15-05](#) sur la réforme de l'asile adressés au Parlement, il avait en effet pointé certaines défaillances qui peuvent avoir cours dans la désignation de ces administrateurs, notamment les délais parfois très longs de désignation puis leur manque de connaissance des procédures.

Par ailleurs, les textes prévoient que le formulaire de demande d'asile soit remis au représentant légal ou à l'AAH, dès que ce dernier est nommé. De nombreuses préfectures interprètent ces dispositions comme leur interdisant de remettre le formulaire au mineur, hors la présence de l'AAH ou du représentant légal. Or, lorsque sa minorité est contestée par les autorités judiciaires et que celles-ci, responsables de la désignation de l'AAH, le lui refusent, le mineur ne peut avoir accès à la procédure d'asile, sauf à se déclarer majeur, ce que beaucoup d'entre eux sont légitimement peu enclins à faire. Dans les rares cas où l'on permet au mineur de déposer sa demande en préfecture en l'absence d'AAH, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) indique par la suite ne pouvoir traiter leur dossier sans ce représentant.

Récemment, le Défenseur des droits a été informé de la situation de mineurs isolés se trouvant dans le bidonville de Calais, confrontés à des obstacles administratifs les empêchant de déposer une demande d'asile. A défaut de désignation d'un administrateur *ad hoc*, ces jeunes ne pouvaient pas se prévaloir des dispositions de l'article 8 du règlement de Dublin III aux termes desquelles l'État membre responsable de la demande d'asile d'un mineur non accompagné, est celui dans lequel l'un des membres de sa famille ou ses frères ou sœurs se trouvent légalement, pour autant que ce soit dans l'intérêt supérieur de cet enfant.

Ces enfants ont alors été contraints de continuer à vivre dans le bidonville dans des conditions dégradantes dont le juge des référés a dit qu'elles étaient constitutives de traitements inhumains ou dégradants<sup>547</sup>, alors même qu'ils établissaient avoir des membres de famille

vivant en Grande-Bretagne. Les autorités publiques ne sont intervenues qu'une fois un contentieux introduit devant le Tribunal administratif de Lille pour, d'une part, faire bénéficier les enfants concernés d'une mise à l'abri et, d'autre part, enregistrer leur demande d'asile<sup>548</sup>.

Quelques semaines avant déjà, un Tribunal de Londres avait ordonné l'admission au Royaume-Uni de mineurs isolés présents dans le bidonville de Calais et cherchant à rejoindre des membres de leur famille résidant dans ce pays, afin que leur demande d'asile au titre du Règlement de Dublin III précité soit examinée, et ce alors même qu'ils n'avaient pas déposé de demande d'asile<sup>549</sup>. Pour parvenir à cette décision, le tribunal a pris en compte plusieurs facteurs, dont les délais de traitement de la demande d'asile en France, la mauvaise application du Règlement Dublin III qui comporte pourtant des clauses spécifiques sur les mineurs et le droit à la réunification familiale, l'âge des enfants, leur santé et leurs traumatismes, ainsi que la nécessité de procéder rapidement à une réunification familiale.

La réunification familiale, lorsqu'elle est possible et dans l'intérêt supérieur de l'enfant, doit être facilitée pour les mineurs isolés étrangers, conformément aux prescriptions des articles 10 de la CDE et 8 de la Convention EDH.

Dès que la demande d'asile est enregistrée, les conditions matérielles d'accueil (à savoir logement, nourriture, habillement et allocation de subsistance) doivent être fournies au demandeur d'asile. Les autorités procèdent à un entretien personnel à des fins d'évaluation des besoins de ce dernier, en tenant particulièrement compte de la situation spécifique des personnes vulnérables, notamment des mineurs isolés<sup>550</sup>. La loi précise que cet examen de vulnérabilité ne préjuge en rien de l'appréciation que fera l'OFPRA qui, lui-même, conduira un tel examen. Les textes sont en revanche muets sur la question de l'orientation des mineurs isolés et d'un éventuel signalement au département et à l'autorité judiciaire.

Le mineur peut néanmoins faire l'objet d'une procédure accélérée dans trois situations, lorsque : il provient d'un pays d'origine sûr ; sa demande de réexamen est recevable ; sa présence constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat. Or, aucune demande d'asile de la part d'un mineur ne devrait être traitée de manière accélérée mais faire au contraire l'objet d'un examen particulièrement approfondi lié à sa situation personnelle. C'est l'une des exigences posées par l'article 22 de la CDE. Le Comité des droits de l'enfant impose, en effet, aux Etats de prévoir un traitement particulier et prioritaire, ainsi que des garanties spécifiques pour les mineurs demandeurs d'asile : il préconise notamment que le processus d'évaluation comporte « *un examen au cas par cas de la*

*combinaison unique des facteurs caractérisant chaque enfant* », tels que ses origines personnelles, familiales et culturelles et une évaluation adaptée à la sensibilité de l'enfant des besoins en matière de protection<sup>551</sup>.

En tout état de cause, si les conditions nécessaires pour obtenir le statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951 ne sont pas remplies, l'enfant non accompagné ou séparé doit bénéficier de toutes les formes disponibles de protection complémentaires à l'aune de ses besoins, conformément à l'article 22 de la CDE tel qu'interprété par le Comité des droits de l'Enfant dans son Observation générale n° 6 précitée.

Le Défenseur des droits recommande que des moyens soient alloués au renforcement de l'accès au droit d'asile des mineurs, de sorte que ceux-ci puissent recevoir une information complète sur les différents dispositifs juridiques qui s'offrent à eux, dans la perspective d'une stabilisation en France mais également d'un départ vers un Etat européen où résiderait un membre de leur famille, ainsi que, le cas échéant, un accompagnement juridique dans les démarches engagées pour ce faire.

A ce titre, le Défenseur des droits demande au ministère de l'Intérieur :

- de mettre en place des procédures simplifiées, efficaces et rapides afin de procéder aux rapprochements des mineurs isolés avec leurs familles, chaque fois que cela s'avère possible et dans l'intérêt des enfants ;
- d'assurer la formation des administrateurs *ad hoc* aux procédures complexes d'asile des mineurs.

### **3. Accès à l'emploi et à l'éducation professionnelle des mineurs non accompagnés**

L'attention du Défenseur des droits est fréquemment appelée sur les difficultés rencontrées par les mineurs non accompagnés pris en charge par l'ASE lorsqu'ils envisagent de conclure des contrats d'apprentissage ou de professionnalisation, subordonnés à la détention d'une autorisation de travail. A cet égard, deux possibilités s'offrent à eux.

En premier lieu, les mineurs confiés à l'ASE avant leurs 16 ans peuvent solliciter la délivrance anticipée d'un titre de séjour valant autorisation de travail sur le fondement de l'article L.311-3 du CESEDA. Aux termes de cet article, les étrangers âgés de 16 à 18 ans confiés à l'ASE

avant leurs 16 ans doivent en effet se voir délivrer de plein droit une carte de séjour temporaire lorsqu'ils déclarent vouloir exercer une activité professionnelle salariée.

Or, certains guichets de préfecture refusent parfois de faire application des textes, soit qu'ils commettent une erreur d'interprétation en considérant que les contrats d'apprentissage et de professionnalisation n'entrent pas dans la catégorie des activités professionnelles salariées visées par le CESEDA, soit que méconnaissant tout simplement l'existence de l'article L.311-3 du CESEDA, ils considèrent que l'étranger étant mineur ne peut solliciter un titre de séjour.

En second lieu, tous les mineurs peuvent solliciter non pas la délivrance d'un titre de séjour autorisant à travailler mais simplement celle d'une autorisation de travail. Cette possibilité est ouverte par l'article L.5221-5 alinéa 2 du code du travail qui dispose que : « *L'autorisation de travail est accordée de droit à l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation à durée déterminée.* » Ces dispositions s'adressent à un public plus large que les dispositions de l'article L.311-3 du CESEDA précitées. En effet, les mineurs n'étant jamais tenus de posséder un titre de séjour pour séjourner en France<sup>552</sup>, ils devraient tous pouvoir bénéficier des dispositions de l'article L.5221-5 du code du travail, qu'ils aient été confiés à l'ASE avant ou après leurs 16 ans, ou même qu'ils n'aient pas été confiés à l'ASE. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par une note de la Direction générale de l'Emploi et de la Formation professionnelle (DGEFP) du 3 mars 2010 relative à la mise en œuvre du contrat de professionnalisation qui précise que « *les ressortissants étrangers mineurs sont dispensés de titres de séjour et sont par suite éligibles au contrat d'apprentissage et de professionnalisation. Une autorisation de travail leur sera néanmoins délivrée* » (Point 6).

Pourtant, au travers des situations dont il est saisi, le Défenseur constate que plusieurs DIRECCTE considèrent que, pour accorder ou refuser au jeune l'autorisation de travail dont il a besoin pour conclure son contrat de qualification ou de professionnalisation, il convient au préalable d'étudier le droit au séjour auquel il pourrait prétendre à sa majorité. Les pratiques des DIRECCTE qui opèrent une distinction entre les mineurs qui pourront prétendre à leur majorité à un droit au séjour fondé sur l'article L.313-15 du CESEDA (c'est-à-dire les mineurs pris en charge par l'ASE entre 16 et 18 ans et qui justifient suivre depuis au moins 6 mois une formation qualifiante) et les autres, semblent se fonder sur une interprétation erronée de l'alinéa 2 de l'article R.5221-22 du code du travail. Enfin, selon elles, seuls les premiers pourront bénéficier de droit d'une autorisation de travail. Pour les autres, dont on considèrera que les perspectives

d'intégration sont trop faibles pour leur conférer un droit au séjour à leur majorité, la délivrance de cette autorisation de travail ne sera, soit pas accordée, soit examinée au regard de la situation de l'emploi dans le département.

La circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 retient d'ailleurs cette pratique puisqu'elle précise que « *le mineur isolé, pris en charge par l'ASE après l'âge de 16 ans, doit se présenter à la préfecture de son lieu de résidence pour un examen de sa situation administrative au regard du séjour. Lorsque la préfecture estime que l'intéressé peut être regardé comme remplissant les conditions prévues à l'article L.313-15, elle transmet la demande d'autorisation de travail à la DIRECCTE qui procédera alors à un examen assoupli de la demande d'APT, sans opposer la situation de l'emploi* ». A contrario, les mineurs ne remplissant pas les conditions prévues à l'article L.313-15 ne verront donc pas leur demande d'autorisation provisoire de travail transmise à la DIRECCTE et examinée.

Le Défenseur des droits ne partage pas cette analyse et considère que l'alinéa 2 de l'article R.5221-22 s'applique aux jeunes isolés étrangers devenus majeurs qui sollicitent la délivrance d'un titre de séjour sur le fondement de l'article L.313-15 du CESEDA et non aux mineurs non accompagnés qui sollicitent une autorisation de travail en vue de conclure un contrat d'apprentissage.

L'applicabilité de ces dispositions aux jeunes isolés étrangers devenus majeurs qui sollicitent un titre de séjour est confirmée par le fait qu'elles ont été introduites par le décret n° 2011-1049 du 6 septembre 2011. Or, ce décret a été pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité et relatif aux titres de séjour, laquelle vise notamment, en introduisant l'article L.313-15 du CESEDA, à mettre en place un nouveau cas d'admission exceptionnelle au séjour pour les mineurs isolés étrangers confiés à l'aide sociale à l'enfance entre seize et dix-huit ans et devenus majeurs. Les débats parlementaires relatifs à l'adoption de ce texte sont, à cet égard, sans équivoque.

C'est la possibilité de conclure un contrat de professionnalisation et de suivre ainsi une formation diplômante qui permet justement à ces jeunes de s'inscrire dans un processus d'intégration leur conférant *de facto* un droit au séjour à 18 ans *via* une carte « salarié » ou « travailleur temporaire ». C'est pourquoi le Défenseur estime qu'en procédant de la sorte, les préfectures, et maintenant la circulaire interministérielle précitée, ajoutent une condition qui n'est pas prévue par la loi (article L.313-15 du CESEDA)<sup>553</sup> et s'inquiète des conséquences qu'une telle interprétation des textes peut avoir sur l'accès des mineurs non accompagnés à une formation professionnelle qualifiante.

Il apparaît en effet pour le moins paradoxal de refuser d'accorder un droit – celui de conclure un contrat nécessaire à la réalisation d'une formation qualifiante – au motif qu'un ou deux ans plus tard l'intéressé n'aura pas de droit au séjour alors même que ce droit au séjour est lui-même subordonné au suivi d'une telle formation.

Entravant l'accès des mineurs isolés étrangers âgés de 16 à 18 ans à la formation, cette pratique apparaît par ailleurs contraire au droit à l'éducation tel que protégé par l'article 28 de la CDE, lequel dispose notamment que les Etats parties « encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, *tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin* ».

**En conséquence, le Défenseur des droits réitère les recommandations de son avis n° [15-20](#) sur le projet de loi relatif au droit des étrangers, tendant à préciser que la notion d'activité professionnelle visée à l'article L.311-3 du CESEDA, qui ouvre droit à la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire aux étrangers âgés de 16 à 18 ans, notamment lorsqu'ils ont été confiés à l'ASE avant 16 ans, inclut bien les contrats d'apprentissage et de professionnalisation.**

**Par ailleurs, le Défenseur demande à la ministre du Travail de préparer une réforme législative ou d'intervenir par voie réglementaire en vue de préciser que l'autorisation de travail mentionnée à l'article L.5221-5 du code du travail est accordée de plein droit au mineur étranger qui la sollicite en vue de la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation.**

**Enfin, dans la mesure où la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 semble valider les pratiques illégales développées sur le fondement de l'article R.5221-2 du code du travail, il préconise de modifier en conséquence la circulaire précitée.**

#### **4. Droit à l'éducation et à la scolarisation des enfants étrangers, isolés ou non**

L'égal accès à l'éducation et à l'instruction des mineurs étrangers, isolés ou non, sont des droits fondamentaux garantis tant par le droit interne que par les normes internationales.

L'article 28 de la CDE consacre « *le droit de l'enfant à l'éducation* ». L'article 2 du premier protocole additionnel à la Convention EDH stipule quant à lui que « *nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* ». Combiné à l'article 14 de la Convention, il prohibe « *les différences de traitement fondées notamment sur (...) l'origine nationale* » dans l'accès



à l'école. Cet article qui s'applique tant à l'enseignement primaire qu'à l'enseignement secondaire interdit de priver quiconque du droit à l'instruction. A cet égard, la Cour européenne rappelle que dans une société démocratique, ce droit est indispensable à la réalisation des droits de l'Homme et occupe une place si fondamentale qu'une interprétation restrictive de l'article 2 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition<sup>554</sup>. Dans le même sens, le Comité européen des droits sociaux, s'appuyant sur l'article 17 de la Charte sociale européenne, estime que l'accès à l'éducation revêt une importance cruciale pour la vie et le développement de tout enfant, quelle que soit sa situation administrative. Lui refuser cet accès, c'est le rendre plus vulnérable encore<sup>555</sup>. Dès lors, comme les autres Etats, la France doit veiller à ce que tous les mineurs migrants aient un accès effectif à l'éducation comme tout autre enfant.

En droit interne, le préambule de la Constitution de 1946 indique ainsi que « *la Nation garantit l'égal accès de l'enfant (...) à l'instruction* ». L'article L.111-1 du code de l'éducation dispose que « *l'éducation est la première priorité nationale (...). Ce droit est garanti à chacun* » et l'article L.111-2 du même code que « *tout enfant a droit à une formation scolaire qui (...) concourt à son éducation* ». Le refus de scolarisation d'un enfant en raison de sa nationalité est en outre susceptible de constituer le délit de refus discriminatoire du bénéficiaire d'un droit accordé par la loi par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public au sens des articles 225-1 et 432-7 du code pénal, délit passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Par ailleurs, le fait que l'obligation scolaire ne concerne que les enfants âgés de 6 à 16 ans ne doit pas faire occulter que les enfants âgés de 3 ans et plus disposent eux aussi d'un véritable droit à l'école garanti par l'article L. 113-1 du code de l'éducation selon lequel « *tout enfant doit pouvoir être accueilli, à l'âge de trois ans, dans une école maternelle ou une classe enfantine le plus près de son domicile, si sa famille en fait la demande* ». La consécration d'un véritable droit pour ces enfants résulte des termes mêmes de l'article L. 113-1 précité qui différencient les enfants de 3 ans, lesquels doivent tous pouvoir être accueillis dans une école proche de leur domicile, et les enfants de 2 ans, dont la scolarisation est étendue, en priorité, à certaines zones territoriales défavorisées. Cette formulation implique que la scolarisation des enfants de 2 ans doit seulement être privilégiée, dans certaines circonstances, là où, *a contrario*, celle des enfants de 3 ans constitue un véritable droit. Une telle interprétation se trouve confirmée par les termes du rapport d'information du Sénat n° 47 du 22 octobre 2008 mentionné dans l'édition Dalloz de 2011 du code de l'éducation sous l'article L. 113-1 : « *La loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989*

*consacre ainsi un droit à la scolarisation pour tout enfant dès l'âge de trois ans », et « parachève cette politique par la mise en place des cycles d'apprentissage qui intègre définitivement l'école maternelle à l'ensemble du système éducatif français ».* Le Défenseur, dans sa décision n<sup>o</sup> [MLD-2012-33](#), avait développé cet argumentaire devant le Tribunal administratif de Cergy, lequel avait reconnu le caractère discriminatoire du refus de scolarisation en petite section de maternelle<sup>556</sup>.

Enfin, plusieurs circulaires ont également été prises pour garantir le droit à l'éducation des enfants allophones nouvellement arrivés et organiser leur scolarité. Ainsi, le 20 mars 2002, le ministre de l'Éducation nationale rappelait qu'« aucune distinction ne peut être faite entre élèves de nationalité française et de nationalité étrangère pour l'accès au service public de l'éducation »<sup>557</sup>. La circulaire n<sup>o</sup> 2012-141 du 2 octobre 2012 réitère quant à elle que l'école est un droit pour tous les enfants résidant sur le territoire national, quels que soient leur nationalité, leur statut migratoire ou leur parcours antérieur. Plus récemment, la circulaire n<sup>o</sup> 2014-088 du 9 juillet 2014 est venue une nouvelle fois indiquer qu'« en application de l'article L.111-1 du code de l'éducation, l'éducation est un droit pour tous les enfants résidant sur le territoire national, quels que soient leur nationalité, leur statut migratoire ou leur parcours antérieur. »

Pourtant, si tous les enfants sans exception doivent pouvoir accéder au système éducatif dès leur plus jeune âge, bien souvent, ce droit est ignoré ou, ce qui est plus grave, contesté par ceux-là mêmes qui sont chargés d'appliquer la loi. Le Défenseur des droits est en effet régulièrement saisi de réclamations relatives aux refus de maires d'inscrire à l'école des enfants étrangers, soit que leurs parents ne possèdent pas de titre de séjour (i), soit que leur lien avec la commune est nié en raison de leur habitat précaire ou illégal (ii). Les mineurs non accompagnés rencontrent eux-aussi des difficultés dans l'accès à l'éducation et l'instruction (iii).

#### **a. Refus de scolarisation en raison de la situation administrative des parents**

S'appuyant sur les textes précités, une jurisprudence constante s'est construite aux termes de laquelle un refus d'inscription scolaire ne peut être justifié par l'absence de présentation d'un titre de séjour ou la situation irrégulière des parents<sup>558</sup>. Dans ce cadre, la Halde avait, à plusieurs reprises, constaté le caractère discriminatoire des refus d'inscriptions fondés, directement ou non, sur l'origine et/ou la nationalité des intéressés (voir, pour exemple la délibération n<sup>o</sup> [2007-30](#) du 12 février 2007).

Le Défenseur des droits a également été saisi de cas de refus de scolarisation directement fondés sur la situation irrégulière des parents. Il ressort de l'instruction de ce dossier que la maire de la commune disposait d'un tableau recensant les enfants non scolarisés de la commune, mentionnant la situation de leurs parents (demandeurs d'asile, déboutés du droit d'asile) et les dates d'expiration des autorisations provisoires de séjour.

Dans la décision n° [MDE-MLD-MSP-2014-163](#) (non diffusable tant que le procureur de la République ne s'est pas prononcé), le Défenseur a estimé que le refus de scolarisation de ces enfants est constitutif du délit de discrimination prévu par l'article 225-1 alinéa 1 du code pénal, du fait du refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi à raison de l'origine des familles concernées et de leur situation administrative au regard du droit au séjour. Ce refus porte en outre gravement atteinte aux droits des enfants précités, à leur intérêt, contrevenant ainsi au principe énoncé par l'article 3-1 de la CIDE

Après avoir rappelé à la Maire ses obligations en matière de scolarisation des enfants résidant dans la ville, quelles que soient la nationalité, l'origine, ou la situation administrative des parents, le Défenseur a demandé de procéder à l'inscription des enfants en cause. Il a également décidé d'adresser le tableau litigieux à la CNIL afin que celle-ci puisse apprécier l'opportunité de procéder à tout contrôle qu'elle estimerait utile. Le Défenseur a enfin décidé d'informer le procureur de la République des faits constatés dans le cadre de son enquête, lesquels lui apparaissent constituer des délits de discrimination et de refus discriminatoire prohibés par les articles 225-1, 226-19 et 432-7 du code pénal.

La CNIL a prononcé en avril 2015 un avertissement non public à l'encontre de la commune, relevant que la réalisation du tableau litigieux constituait plusieurs manquements à la loi du 6 janvier 1978 : manquements aux obligations de poursuivre une finalité déterminée, légitime et explicite, et de traiter les données de manière compatible avec les finalités pour lesquelles elles ont été collectées, de collecter les données adéquates, pertinentes et non excessives et d'informer les personnes concernées. Toutefois et dans la mesure où le tableau litigieux ne contenait que des informations relatives à la nationalité sans précision liée à l'origine raciale ou ethnique des personnes concernées, aucun manquement à l'article 8 de la loi « informatique et libertés » relatif aux données sensibles n'a été retenu.

Le Défenseur est dans l'attente des suites données à cette affaire par le procureur qui avait fait procéder à l'audition de la Maire par les policiers.

Parfois, le refus de procéder à l'inscription dans une école de la commune ne se fonde pas directement sur le caractère irrégulier du séjour des étrangers mais sur d'autres critères concernant néanmoins majoritairement ces derniers.

### **b. Refus de scolarisation ou scolarisation différenciée en raison des conditions de vie sur la commune.**

Ces refus peuvent être opposés en raison du caractère illégal ou jugé insuffisant de l'ancrage territorial des intéressés dans la commune.

Ainsi que le Défenseur l'a démontré dans le [bilan d'application de la circulaire](#) interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illégitimes qu'il a dressé en juin 2013, certains maires ont tendance – pour ne pas conforter la présence des personnes vivant en bidonville sur leur territoire – à refuser à l'accès à l'école des enfants y résidant au motif que cette occupation est illicite. Ces pratiques sont pourtant illégales.

En effet, si l'article 6 du décret n° 2000-1277 énonce que « *pour les formalités d'inscription dans les établissements scolaires (...) la justification du domicile peut être exigée* », le ministre de l'Éducation nationale a indiqué que la preuve du domicile pouvait être établie par tous moyens et n'était donc pas limitée à la seule domiciliation administrative<sup>559</sup>. Ainsi, s'il est prévu que l'administration peut solliciter en vue d'inscrire des enfants dans les écoles communales un justificatif de domicile, ceci principalement pour éviter les stratégies de contournement de la carte scolaire, cette possibilité ne saurait fonder l'exclusion du système scolaire d'enfants dont les parents ne sont pas en mesure de communiquer un tel document.

C'est ainsi que, par exemple, en 2002, le Tribunal administratif de Paris a annulé une décision par laquelle un maire avait refusé l'inscription à l'école des enfants au motif que le logement où ils se trouvaient était occupé illégalement et présentait un danger grave et imminent. Le Tribunal avait enjoint au maire et, à défaut, au Préfet, de procéder à cette inscription<sup>560</sup>. En 2006, le Tribunal administratif de Montpellier a annulé un refus comparable au motif que les parents vivaient dans une installation précaire et illégale dans une zone inondable de la commune<sup>561</sup>.

Le Défenseur des droits a eu à connaître de tels refus. Dans sa décision n° [MDE-2013-92](#) le Défenseur a rappelé que les autorités locales ne peuvent utiliser les différends administratifs qui les opposent aux familles vivant dans des campements illicites, notamment en ce qui concerne les procédures d'expulsion, pour freiner, empêcher, voire interdire l'accès des enfants à l'école. Il a également rappelé que la

notion retenue pour une domiciliation est la notion « d'installation », de présence effective, qui doit s'entendre de façon aussi large que possible. Pour ces raisons, il a recommandé au Préfet de procéder à l'inscription administrative immédiate des enfants sur les listes des écoles de la commune. Cependant le campement ayant été évacué, les inscriptions n'ont pas été effectives.

Saisi de refus tout à fait comparables, le Défenseur a présenté des observations devant le tribunal correctionnel, dans la décision n<sup>o</sup> [MDE-MLD-2015-174](#) concluant que le refus opposé de manière explicite par les services de la mairie, associé au silence consécutif, et persistant, de cette dernière à l'égard des demandes écrites, en violation manifeste du droit à l'éducation, du fait des conditions de résidence des enfants apparaissait donc comme manifestement illégal et caractérisait une discrimination fondée sur leur origine et leur lieu de résidence, réprimée par les articles 225-1, 225-2 et 432-7 du code pénal.

La juridiction n'a pas suivi ces observations et a prononcé la relaxe de la Maire de la commune. L'association réclamante Romeurope 94 et les parents des enfants concernés ont formé appel de la décision.

Par ailleurs, toujours s'agissant de la détermination du lien à la commune, les juges ont eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les considérations de fait devaient primer sur les considérations administratives pour la détermination du domicile. Pour la Cour de cassation, le domicile est le lieu dans lequel l'on peut « *se dire chez soi quel que soit le titre juridique de son occupation* », dans lequel on manifeste une présence dont pourrait se déduire « *une intention de s'y établir pour y demeurer ou y séjourner fût-ce de façon très momentanée et de conférer à cet [immeuble] le caractère d'un domicile* »<sup>562</sup>. Cette notion de résidence permettant le rattachement à la commune pour l'accès à l'école est donc bien distincte de la domiciliation administrative, laquelle correspond à un rattachement souvent fictif, purement administratif (une « boîte aux lettres »), destiné à faciliter l'exercice de certains droits civils et sociaux.

En conséquence, au vu de cette jurisprudence constante, l'occupation tout à fait légale d'un appartement dans une résidence hôtelière, notamment attribué dans le cadre du « Samu social », répond *a fortiori* à la condition de résidence sur le territoire de la commune pour la scolarisation d'un enfant. Le Défenseur a pourtant eu à se prononcer deux fois sur ce type de réclamations, les maires estimant que les établissements dans lesquels étaient hébergés les intéressés appartenaient administrativement à d'autres collectivités publiques, lesquelles devaient procéder à cette scolarisation.

Dans l'un de ces deux dossiers, par décision n° [MLD-2012-33](#) précitée, le Défenseur a formulé des observations devant le Tribunal administratif de Cergy Pontoise aux termes desquelles il constatait le caractère discriminatoire du refus d'inscription scolaire d'un enfant de nationalité bulgare vivant en résidence hôtelière en tant que demandeur d'asile, fondé sur un manque de places dans les écoles de la commune ainsi que sur une absence de « résidence à titre personnel » sur celle-ci. Le Tribunal, par décision du 15 novembre 2013<sup>563</sup>, a annulé la décision litigieuse, la considérant discriminatoire.

Parfois, après avoir refusé la scolarisation des enfants, des maires ont pu faire droit à cette demande après de multiples interventions d'associations, de l'Education nationale, et même du Défenseur des droits, mais dans des conditions différenciées tout à fait contestables.

Par décision n° [MDE-2013-91](#), le Défenseur a ainsi relevé le caractère discriminatoire et stigmatisant du dispositif mis en place par une commune consistant à inscrire administrativement une vingtaine d'enfants étrangers résidant dans deux campements illicites mais à les scolariser dans une classe mise en place exclusivement pour eux, en dehors de tout établissement scolaire, dans un bâtiment jouxtant un commissariat de police. A la suite de l'intervention et des demandes du Défenseur, les enfants ont été effectivement scolarisés dans les écoles élémentaires de la ville.

Un maire de la région parisienne a procédé de manière comparable en « scolarisant » une dizaine d'enfants dans une salle attenante à un gymnase municipal et non en milieu ordinaire et ce, la veille de l'audience de référé au cours de laquelle le juge devait se prononcer sur son refus persistant d'inscrire ces enfants à l'école. Par décision n° [MDE-2015-115](#), le Défenseur a décidé de présenter des observations devant le Tribunal administratif de Versailles dans le cadre d'un recours contentieux contre la décision. L'audience n'a pas encore eu lieu.

Si la prise en charge des élèves allophones implique des dispositifs spécifiques comme des unités pédagogiques de type UPE2A adaptés aux besoins individuels, elle doit toutefois se faire dans des classes ordinaires, et non selon un *a priori* qui laisserait penser que ces élèves, du seul fait de leur nationalité ou de leur mode de vie, doivent être regroupés au sein de classes spécifiques situées, qui plus est, en dehors d'un établissement scolaire. La mise en place de tels dispositifs, prévue par les textes, est contraire aux droits et à l'intérêt supérieur des enfants et discriminatoire.

**Le Défenseur des droits rappelle que l'absence de domiciliation légale et pérenne des enfants ne peut en aucun cas entraver le processus d'inscription scolaire et le droit à l'instruction des enfants en âge d'être scolarisés.**

**c. Les difficultés dans l'accès à l'éducation et l'instruction des mineurs non accompagnés.**

Les réclamations instruites par le Défenseur des droits témoignent de la volonté des jeunes migrants de s'impliquer dans le parcours scolaire ou de formation professionnelle. Cependant, leur scolarisation peut s'avérer difficile. Dans sa décision n° [MDE-2014-127](#), le Défenseur constatait que de nombreux jeunes de plus de 16 ans pris en charge par l'ASE n'avaient pas été scolarisés alors même qu'ils disposaient d'une affectation en lycée. Ces situations auraient été liées au refus des services de l'ASE de procéder à leur inscription. En effet, celle-ci n'est plus obligatoire à partir de l'âge de 16 ans et dépendra des places disponibles et des offres de formation. Or, la scolarisation des jeunes de plus de 16 ans est indissociable du travail sur leur projet de vie. De leur scolarisation ou de leur formation qualifiante, dépendent leur avenir sur le territoire et leur droit au séjour à la majorité<sup>564</sup>.

Les Centres Académique pour la Scolarisation des enfants allophones Nouvellement Arrivés et des enfants issus de familles itinérantes et de Voyageurs (CASNAV) sont chargés de l'accompagnement vers la scolarisation, d'une part des élèves nouvellement arrivés en France sans maîtrise suffisante de la langue française ou des apprentissages scolaires et d'autre part, des enfants du voyage. Les CASNAV et les centres d'informations et d'orientation (CIO) reçoivent les mineurs pour procéder aux évaluations de niveau et leur proposer des affectations dans les lycées et collèges. Ils jouent donc un rôle essentiel dans la scolarisation des mineurs non accompagnés.

Or il s'avère que dans certains départements, les mineurs non accompagnés ne parviennent pas à être scolarisés pendant toute la durée des procédures qu'ils peuvent être amenés à enclencher pour accéder à une prise en charge au titre de la protection de l'enfance. Ces procédures sont particulièrement longues puisqu'elles comprennent le temps d'évaluation, la saisine du juge des enfants puis l'appel de la décision défavorable le cas échéant. Cela impacte lourdement leur possibilité d'élaborer un projet professionnel. Le Défenseur des droits instruit actuellement des réclamations soulevant de tels problèmes de non-scolarisation ou de délai d'affectation au sein d'un établissement, concernant plusieurs départements.

La circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 précitée, rappelle pourtant que « *chaque enfants et adolescent a droit à l'éducation, quelle que soit sa situation administrative* » et dans son annexe 6, rappelle le cadre juridique applicable notamment aux jeunes de 16 à 18 ans.

Les services de protection de l'enfance doivent envisager l'accès à l'éducation et la formation professionnelle comme un impératif pour ces jeunes, ce qui n'est pas toujours le cas, en particulier pour les adolescents proches de la majorité.

Pour autant, des dispositifs innovants et particulièrement intéressants sont aussi développés à l'initiative des associations ou de certains départements particulièrement mobilisés, qui mettent en place des stratégies d'insertion par l'apprentissage notamment, en formant des réseaux de partenariat (ASE/préfecture/centre de formation d'apprentis) qui utilisent le droit commun et mobilisent les jeunes sur des parcours d'insertion professionnelle efficaces.

**Le Défenseur des droits réitère sa recommandation selon laquelle des mesures doivent être prises par les conseils départementaux afin d'assurer un accès effectif à une scolarité ou à une formation professionnelle, y compris après 16 ans, à tous les mineurs non accompagnés dont ils ont la charge. Ces mineurs doivent en outre être accompagnés, dans leur recherche de scolarisation ou de formation, par les services auxquels ils sont confiés.**



# NOTES

294. *Conseil constitutionnel*, 12 juil. 1979, n° 79-107 DC ; 19 jan. 2006, n° 2005-532 DC. *La liberté de circulation découle des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.*
295. *Article 12 §1 du PIDCP et article 2 §1 du Protocole additionnel n° 4 à la Convention EDH.*
296. *Conseil constitutionnel*, 20 jan. 1981, n° 80-127 DC, *sur la loi dite Sécurité et liberté.*
297. *CEDH, G.C.*, 16 mars 2010, Oršuš et autres c. Croatie, n° 5766/03, § 147 et 148.
298. C. GIRAULT, « Contrôles et vérifications d'identité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz.
299. *Circulaire du 21 oct. 1993 (NOR : INTD9300235C).*
300. *Circulaire interministérielle du 21 fév. 2006 CRIM.06.5/E1.*
301. *Circulaire du 21 oct. 1993 précitée.*
302. *CNDS, rapport 2010.*
303. *Ces observations ont été publiées dans la presse. L'Etat justifie les contrôles au faciès*, Médiapart, 25 fév. 2016.
304. *C.cass.*, 1<sup>ère</sup> civ., 25 mars 2009, n° 08-11.587
305. *C.cass.*, 1<sup>ère</sup> civ., 6 juin 2012, n° 10-25.233.
306. *Circulaire du 6 juil. 2012 (NOR : INTK1207284C).*
307. *CA Rennes, ord.*, 17 nov. 2015, n° 15/00369.
308. *La retenue ainsi projetée peut intervenir lors de l'interpellation d'un étranger sur deux fondements : le contrôle du titre de séjour (CESEDA, art. L.611-1) et le contrôle d'identité (CPP, articles 78-1, 78-2, 78-2-1 et 78-2-2).*
309. *CJUE*, 6 déc. 2011, Achughbabian c/France.
310. *C. cass.*, 1<sup>ère</sup> civ., 5 juil. 2015, n° 11-30-530.
311. *CEDH*, 15 nov. 1996, Chahal c/RU ; *CEDH*, 8 fév. 2011, Seferovic c/ Italie ; *CEDH*, 17 juil. 2012, Lica c/Grèce.
312. *V. not. CEDH*, 20 déc. 2011, Yoh-Ekale Mwanje c/ Belgique.

313. C. RODIER, « L'encadrement juridique de la détention des migrants à l'heure de la directive retour », *Combat pour les droits de l'Homme*, 10 av. 2011.
314. *Pour rappel, la garde à vue est d'une durée de 24 heures, renouvelable jusqu'à 48 heures si la peine d'emprisonnement encourue est d'au moins un an.*
315. D. LOCHAK, « Pénalisation », *Dossier « L'étranger et le droit pénal »*, *AJ Pénal*, jan. 2016, p. 10 et s.
316. *Respectivement, CESEDA, articles L.621-2, L.624-1 et s., et L.623-1 et s.*
317. *Modifié par l'article 53 de la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.*
318. *CESEDA, respectivement, articles L.625-1 et s. et L.622-1 et s.*
319. L. FAVOREUX, Th. RENOUX, « Le contentieux constitutionnel des actes administratifs », *Répertoire de contentieux administratif*, Sirey, 1992, p. 90.
320. *PIDCP, respectivement, articles 2 §3 et 14 §1.*
321. *Conseil constitutionnel, 21 jan. 1994, n° 93-335 DC ; 23 juil. 1999, n° 99-416 DC.*
322. *CE, 22 avr. 2005, Magerand, n° 257406.*
323. *CE, réf., 30 juin 2009, n° 328879.*
324. *CEDH, 24 oct. 1989, H. c. France, n° 10073/82 en matière civile ; CEDH, G. Ch., 27 juin 1968, Wemhoff c. Allemagne, n° 2122/64 en matière pénale.*
325. *CEDH, 8 avr. 2004, Assanidzé c. Géorgie, n° 71503/01.*
326. *CEDH, 26 oct. 2000, Kudla c. Pologne, n° 30210/96.*
327. *CEDH, 9 oct. 1979, Airey c. Irlande, précité.*
328. *CE, sect., 10 jan. 2001, Mme Coren, n° 211878.*
329. *CA de Paris et de Versailles, ordonnances des 8 oct. 2013 et 4 mars 2014, n° 13/23217 et 13/005643.*
330. *L'admission à l'AJ des ressortissants non européens, est en principe soumise à une condition de régularité de séjour sauf dans certains cas, notamment dans le cadre d'un contentieux contre une OQTF (loi du 10 juil. 1991, article 3).*
331. *Décret n° 91-1266 du 19 déc. 1991 portant application de la loi de 1991.*

332. *Circulaire relative à l'aide juridictionnelle, 6 juin 2003 (NOR : JUSJO390011C).*
333. *Voir, à cet égard, Ashingdane c. Royaume-Uni, 28 mai 1985, série A n° 93, Del Sol c. France, n° 46800/99.*
334. *Voir, entre autres, Běleš c. République tchèque, n° 47273/99, § 69, CEDH 2002-IX. P., C. et S. c. R.U., n° 56547/00.*
335. *Voir, par exemple, CA Versailles, 8 oct. 2013, n° 13/06330; CA Douai, 17 juil. 2014, n° 14/00594 ; CAA Versailles, 1er avr. 2014, n° 14VE00148 et 14VE00149.*
336. *Rapport d'information du Sénat « Aide juridictionnelle : le temps de la décision », 2014.*
337. *Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, et CJUE, 6 avr. 1962, Bosch.*
338. *CESEDA, article L.512-3.*
339. *CESEDA, article L.514-1.*
340. *CEDH, 13 déc. 2012, De Souza Ribeiro c. France, n° 68780/10.*
341. *CE, réf., 24 juillet 2014, n° 381551.*
342. *Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.*
343. *Centres et locaux de rétention administrative, Rapport des associations intervenant en CRA 2013, p. 26.*
344. *Les placements en CRA, pour la quasi-majorité d'entre eux, sont inférieurs à un jour à Mayotte.*
345. *Etude d'impact du projet de loi relatif au droit des étrangers en France.*
346. *CESEDA, respectivement, articles L.221-4, L.551-2 et L.611-1-1.*
347. *Conseil constitutionnel, 20 déc. 2003, n° 2003-484 DC, §94.*
348. *La loi du 29 oct. 1981 abroge les dispositions de la loi du 12 nov. 1938 selon lesquelles les étrangers ne pouvaient se marier en France que s'ils avaient obtenu un permis de séjour d'une validité supérieure à un an.*
349. *Conseil constitutionnel, 20 déc. 2003, n° 2003-484 DC, §94.*
350. *TGI Montargis, réf., 3 juil. 1992, n° 733/92.*
351. *CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c. Autriche, n° 30141/04.*
352. *Circulaire du 22 juin 2010 relative à la lutte contre les mariages simulés (CIV/09/10), p. 3.*

353. *Code civ., article 175-2 et 171-4.*
354. *Code civ., article 63 et 171-2.*
355. *Circulaire du 29 mai 2013 (NOR : JUSC1312445).*
356. *Il est à noter que, par instruction du 1<sup>er</sup> août 2013, la Ministre a assoupli ces interdictions : les conventions qui n'évoquent pas de renvoi exprès à la loi personnelle du ressortissant étranger peuvent ne pas faire obstacle au mariage entre personnes de même sexe (Laos, Cambodge, Algérie et Tunisie).*
357. *Article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire.*
358. *C. cass., 1<sup>ère</sup> civ., 28 jan. 2015, n° 13-50.059.*
359. *On peut notamment citer la Pologne, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo et la Slovénie.*
360. *CEDH, (GC), 10 mai 2001, Chypre c. Turquie, n° 25781/94.*
361. *Conseil constitutionnel, 22 juil. 1980, n° 80-117 DC.*
362. *CEDH, (GC), 27 mai 2008, n° 26565/05.*
363. *C. cass., ch. soc., 29 fév. 2012, n° 11-60203 et 10 mai 2012, n° 11-60235.*
364. *Conseil constitutionnel, 8 janvier 1991, n° 90-283 DC.*
365. *CE, 19 mars 2007, Mme Le Gac et autres, n° 300467.*
366. *Loi n° 99-641 du 27 juil. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.*
367. *Loi n° 2015-1702 du 21 déc. 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016.*
368. *Décret n° 2005-860 du 28 juil. 2005, article 4.*
369. *Circulaire du 27 sept. 2005 (DGAS/DSS/DHOS/2005/407) et circulaire du 8 sept. 2011 (DSS/2A/2011/351).*
370. *A cet égard, pourront être admis un permis de conduire, une carte d'étudiant ou encore, « si le demandeur prouve sa bonne foi par la cohérence de ses déclarations », l'attestation d'une association reconnue ou d'un professionnel de santé selon la circulaire n° 2005-407 du 27 septembre 2005 relative à l'AME (NOR : SANA0530416C).*
371. *CASF, article L.251-1.*
372. *Circulaire n° 2005-407 du 27 sept. 2005.*
373. *Décret du 28 juil. 2005, article 4-2°.*

374. *Hôtellerie, eau, électricité, gaz, téléphone au nom personnel ou au nom de l'hébergeur quand l'intéressé est hébergé à titre gratuit*
375. *Circulaire du 9 juin 2011 (DSS/DACI/2011/225).*
376. *Proposée par la Commission européenne et approuvée lors du Conseil européen de Barcelone de mars 2002, la Carte européenne d'assurance maladie vise à faciliter la mobilité des ressortissants de l'Union en réduisant les formalités et documents administratifs requis pour une prise en charge des soins de santé nécessaires lors d'un séjour temporaire dans un autre pays de l'Union.*
377. *Les refus des CPAM fondés sur de tels motifs sont également opposés, pour l'assurance maladie, à des ressortissants européens et des étrangers en situation régulière.*
378. *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME, Rapport remis au Premier ministre, mars 2014, p. 16-17.*
379. *Contribution au suivi du plan pluriannuel contre la pauvreté et pour l'inclusion sociale, rapport du CNLE, fév. 2016, 107 p.*
380. *Loi n° 2015-1702 du 21 déc. 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016.*
381. *Article L.161-15-1 CSS.*
382. *Précarisation organisée par les textes et renforcée par les pratiques illégales de certaines préfectures [voir supra, PI-II-A].*
383. *CSS, article L.1110-3.*
384. *Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME, rapport du Défenseur des droits remis au Premier ministre, mars 2014.*
385. *Conseil constitutionnel, 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.*
386. *Circulaire du 16 mars 2005 relative à la prise en charge des soins urgents (DHOS/DSS/DGAS n° 141).*
387. *Il résulte en effet des termes de l'ancien article D.161-15 (abrogé par la LFSS 2016 instaurant la PUMa) que la production du seul visa ne suffit pas à l'affiliation de l'ayant droit majeur.*
388. *Circulaire du 16 mars 2005, précitée.*
389. *PIDESC, article 11§1 ; CSE révisée, article 31 ; CDFUE, article 34 § 3 : la Charte ne consacre pas expressément le droit au logement mais reconnaît le droit à une aide au logement.*

390. *Respectivement, loi n° 82-526 du 22 juin 1982 dite Quilliot relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs et loi n° 89-462 du 6 juil. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.*
391. *Voir notamment : loi n° 98-657 du 29 juil. 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.*
392. *D'« exigence d'intérêt national » (Décision du 29 mai 1990, n° 90-274 DC), le droit de toute personne de disposer d'un logement décent devient un « objectif de valeur constitutionnelle » (Décision du 19 janv. 1995, n° 94-359 DC).*
393. *CE, réf., 3 mai 2002, n° 245697, Association de réinsertion sociale du Limousin et autres.*
394. *La loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable.*
395. *CCH, article R.441-1.*
396. *CCH, article L.300-1.*
397. *CE, 26 nov. 2012, n° 352420.*
398. *R. MULOT, « Droit au logement opposable : Les conditions d'éligibilité des demandeurs étrangers et la nature du recours contre les décisions des commissions de médiation précisées par le Conseil d'Etat » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 16 jan. 2013.*
399. *Loi du 6 juil. 1989, article 1<sup>er</sup>.*
400. *Décret n° 2015-1437 du 5 nov. 2015 fixant la liste des pièces justificatives pouvant être demandées au candidat à la location et à sa caution, Annexe I, B. : « Une seule pièce justificative de domicile parmi les documents suivants ».*
401. *Au terme de l'instruction menée par les services du Défenseur des droits, l'arrêté du 30 mai 2014 fixant la liste des pièces justificatives pour l'exercice du droit au compte auprès de la Banque de France a été modifié afin qu'il ne mentionne plus l'obligation de signature du titulaire sur le justificatif d'identité dès lors que ce dernier est en cours de validité et délivré par une administration publique.*
402. *CASF, article L.345-2.*
403. *T. SERAFINI, « Des sans-papiers privés d'hébergement d'urgence », Libération, 29 nov. 2010.*
404. *« SDF sans papiers discriminés ? », lejDD.fr, 29 nov. 2010.*
405. *CE, réf., 10 fév. 2012, Fofana c. Ministre des solidarités et de la cohésion sociale, n° 356456.*

406. *CE, réf., 12 mars 2014, n° 375956.*
407. *TA Limoges, ord. réf., 18 avr. 2014, n° 1400858.*
408. *CE, réf., 4 juil. 2013, n° 399750.*
409. *CE, réf., 15 mai 2014, n° 380289.*
410. *Circulaires du 11 mars 2013 (INTK1300190C) et du 9 juil. 2013 (INTK1307757J).*
411. *CEDH, (G.Ch.), 21 jan. 2011, M.S.S. c. Belgique et Grèce, n° 30696/09, §§49-251.*
412. *Loi n° 2015-925 du 29 juil. 2015.*
413. *CJUE, 27 fév. 2014, Saciri, précité.*
414. *Décret n° 2015-1329 du 21 oct. 2015 relatif à l'allocation pour demandeur d'asile.*
415. *CESEDA, article L.744-3.*
416. *CASF, article L.345-2-2.*
417. *CJUE, 27 fév. 2014, Saciri, précité.*
418. *L'AMS, versée pour les demandeurs d'asile hébergés en CADA, variait de 6,86 euros journaliers pour une personne seule à 38,57 euros pour une famille de 10 personnes, tandis que l'ATA, versée sans distinction aux personnes hébergées ou non hébergées, s'élevait à 11,45 euros journaliers majorés à 22,90 euros pour un couple avec ou sans enfants, le nombre d'enfants n'ayant pas d'incidence sur le montant versé.*
419. *CESEDA, article D.744-35, 3°, 4° et 5°.*
420. *CE, réf., 17 déc. 2015, n° 394820.*
421. *TA Montpellier, réf., 18 janvier 2016, n° 1600059.*
422. *CESEDA, article L.744-7, al. 2.*
423. *CESEDA, article L.744-8.*
424. *TA Nantes, réf., 23 déc. 2015, n° 1510514.*
425. *CESEDA, article L.761-1.*
426. *Citons à titre d'exemple : les articles 1<sup>er</sup> et 7 de la DUDH ; l'article 26 du PIDCP ; l'article 14 de la Convention EDH ; et, s'agissant du droit interne, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution ainsi que les articles 1<sup>er</sup> et 6 de la DDHC de 1789.*
427. *Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n° 93-325 DC ; CEDH, 16 sept. 1996, Gaygusuz c. Autriche, n° 17371/90.*

428. *Loi du 29 décembre 1986 relative à la famille, dite loi « Barzach »*
429. *L'Office national d'immigration (ONI) sera remplacé par l'Office des migrations internationales (OMI) en 1988, par l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM) en 2005, puis par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) en 2009.*
430. *C.cass., Ass. plén., 16 avr. 2004, n° 02-30.157 ; 2e civ., 6 déc. 2006, n° 05-12.666.*
431. *Loi n° 2005-1579 du 19 déc. 2005*
432. *C.cass., 2e civ., 15 avr. 2010, n° 09-12.911 ; Ass. plén., 3 juin 2011, nos 09-69.052 et 09-71.352.*
433. *C.cass., Ass. plén., 5 avr. 2013, n° 11-17.520 et 11-18.947.*
434. *C.cass., 2e civ., 22 jan. 2015, n° 14-10344 s'agissant d'un ressortissant algérien ; 2e civ., 12 fév. 2015, n° 13-26821.*
435. *TASS Paris, 20 fév. 2013 et CA Paris, 27 mars 2014, 14 et 24 nov. 2014, 3 juil. 2014 (convention bilatérale France-Côte d'Ivoire) ; CA Paris, 21 nov. 2013 et 11 sept. 2014 (convention bilatérale France-Cameroun) ; CA Paris, 28 nov. 2013 (convention bilatérale France-Niger) ; CA Paris, 27 fév., 12 juin et 20 nov. 2014 (convention bilatérale France-Mali) ; CA Paris, 19 juin 2014 (convention bilatérale France-Congo Brazzaville).*
436. *C. cass., 6 nov. 2014, n° 13-23318 (convention bilatérale France-Bosnie) ; C. cass., 12 fév. 2015, n° 14-10.992 (convention bilatérale France-Cameroun).*
437. *CEDH, 1er oct. 2015, Okitaloshima Okonda Osungu et Selpa Lokongo c. France, nos 76860/11 et 51354/13.*
438. *La Cour EDH a d'ailleurs elle-même condamné la France en 2014 pour des délais excessivement longs de délivrance de visas sollicités dans le cadre de regroupement familiaux (CEDH, 10 juil. 2014, n° 19113/09).*
439. *Le Défenseur a par exemple été saisi du cas d'une réclamante qui ayant accouché inopinément à l'étranger, est naturellement revenue en France avec son nouveau-né, et qui s'est vue opposer par la suite un refus de prestations au motif que son enfant ne l'aurait pas rejointe par la voie du regroupement familial.*
440. *Articles L.262-4 du CASF pour le RSA, et L.816-1 du code de la sécurité sociale pour l'ASPA et l'ASI.*
441. *CE, Ass., 11 av. 2012, Gisti et FAPIL, n° 322326.*
442. *Conseil constitutionnel, 17 juin 2011, n° 2011-137 QPC.*
443. *Convention n° 97 de l'OIT, PIDCP, Convention EDH.*



444. *Code du travail, articles L.5411-1 et R.5411-2 et 3.*
445. *Autorisation provisoire de séjour visée à l'article L.311-11 du CESEDA*
446. *CT, article R.5221-26 : les étrangers titulaires du titre de séjour « étudiant » sont autorisés à travailler à titre accessoire dans la limite d'une durée annuelle de travail n'excédant pas 964 heures. CESEDA, article L.311-11 : ces étrangers sont expressément autorisés « à chercher et, le cas échéant, à exercer un emploi ».*
447. *CA de Lyon, 28 juin 1999, n° 97LY02974.*
448. *CSS, articles L. 512-4, L. 531-2 et L.531-3.*
449. *Code civil, article 202-1.*
450. *Dahir du 22 nov. 1957, n° 1-57-343, article 8.*
451. *A. EL BAZ, « Le combat sans fin des mineurs marocains », Plein droit, n° 81, juil. 2009. Voir également les délibérations de la Halde nos 2008-38 à 2008-47, 2009-104, et la décision du Défenseur des droits n° MLD-2012-52.*
452. *Respectivement, DUDH, article 23 ; PIDESC, article 6, reconnu d'effet direct par la Cour de cassation (soc., 16 déc. 2008, Eichenlaub c. Axia France, n° 05-40876 ; Charte sociale européenne révisée, article 1<sup>er</sup> ; CDFUE, article 15 § 1 ; Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, alinéa 5.*
453. *CDESC, Observation générale n° 18, article 6 du PIDESC, 24 nov. 2005, U.N. Doc. E/C.12/GC/18.*
454. *Conseil constitutionnel, 28 mai 1983, n° 83-156 DC, loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse.*
455. *Voir par exemple l'article 1<sup>er</sup> de la Charte sociale européenne révisée.*
456. *CP, article 225-2.*
457. *CT, articles L.5221-5 et R.5221-1.*
458. *CT, article R.5221-20.*
459. *Loi n° 2006-911 relative à l'immigration et à l'intégration.*
460. *CESEDA, article L.313-10, 1° et article L.121-2 ; CT, article R.5221-21.*
461. *Circulaire du 20 déc. 2007 (NOR IMIN0700011MC) et les annexes d'un arrêté du 18 janv. 2008.*
462. *§ 1.3 de la circulaire du 20 déc. 2007. Si cette exclusion n'est pas explicitement reprise par l'arrêté du 18 janvier 2008, elle demeure applicable au regard de la jurisprudence administrative.*

463. *Ces accords concernent les pays suivants: Bénin, Burkina Faso, Cap-Vert, Congo, Gabon, Maurice, Russie, Sénégal, Tunisie, Cameroun, Liban, Macédoine, Monténégro, Serbie.*
464. *La délibération s'appuyait à l'époque sur un arrêt du Conseil d'Etat du 14 avr. 1999, n° 153468, selon lequel « si l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 régit d'une manière complète les conditions dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France et y exercer une activité professionnelle, (...) il n'a toutefois pas entendu écarter, sauf dispositions contraires expresses, l'application des dispositions de procédure qui s'appliquent à tous les étrangers en ce qui concerne la délivrance, le renouvellement ou le refus de titres de séjour ». Mais comme il a été indiqué précédemment, la jurisprudence est venue préciser entre temps l'articulation entre la liste nationale des métiers sous tension à destination des ressortissants des pays tiers à l'UE et les deux accords franco-algérien et franco-tunisien, au terme d'une analyse discutable.*
465. *CE, 23 oct. 2009, GISTI, n° 314397 et CE, 19 juin 2015, n° 384301.*
466. *Voir CE, 10 juin 1992, Gacem, n° 114830 et CE, 6 oct. 1995, Min. Solidarité, santé et protection sociale c/ Bouzid, n° 115639 concernant les Algériens ; voir CE, 21 jan. 1998, Ben Haj Salem, n° 154262 et CAA Bordeaux, 10 oct. 2006, n° 06BX01759 concernant les Tunisiens.*
467. *Un arrêté du 1<sup>er</sup> oct. 2012 est venu modifier l'annexe de l'arrêté du 18 janv. 2008 relatif à la délivrance des autorisations de travail aux ressortissants des Etats de l'Union européenne soumis à des dispositions transitoires, portant la liste des métiers ouverts de 150 à 291.*
468. *Rapport de D. GOLDBERG, fait au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat visant supprimer les conditions de nationalité qui restreignent l'accès des travailleurs étrangers à l'exercice de certaines professions libérales ou privées, p. 7.*
469. *Une forme méconnue de discrimination et les emplois fermés aux étrangers (secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques), Rapport du Groupe sur les discriminations (GED), mars 2000.*
470. *CJCE, 17 déc. 1980, Commission c/ Royaume de Belgique, aff. C-149/79.*
471. *Article 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juil. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, créé par la loi n° 91-715 du 26 juil. 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.*

472. Voir notamment : CJCE, 11 mars 2008, *aff. C-89/07*, Commission contre France, s'agissant de l'ouverture des emplois de capitaines et seconds de navire battant pavillon français ; et, plus récemment, s'agissant de l'ouverture de la profession de notaire : CJUE, G.Ch., 24 mai 2011, *aff. C-50/08*, Royaume-Uni et France c. Commission.
473. *Loi n° 83-634 du 13 juil. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 5.*
474. *Article L.952-6 du code de l'Education nationale.*
475. *Voir à cet égard les ouvertures d'emplois survenues à la RATP ou à la Sécurité sociale en 2002.*
476. *France Télécom, La Poste, EDF/GDF, Air France.*
477. *Première étude recensant l'ensemble des professions libérales et privées dont sont exclus les étrangers en France.*
478. *Rapport de D. GOLDBERG, précité, p. 15. Il s'agit, entres autres, des concessionnaires de service public, des agents généraux et courtiers d'assurance, des commissaires usagers des marchés d'intérêt national, des courtiers maritimes, des démarcheurs financiers, des collecteurs agréés de céréales, des directeurs de salles de spectacle et des directeurs ou codirecteurs de publications de presse ou de la publication d'un service de communication audiovisuelle.*
479. *Loi n° 2013-619 du 16 juil. 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable, art. 22.*
480. *Loi n° 2011-12 du 5 jan. 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, art. 5.*
481. *Décret n° 2014-364 du 21 mars 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 jan. 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat, art. 49.*
482. *Loi n° 2010-788 du 12 juil. 2010 portant engagement national pour l'environnement, article 91.*
483. *Loi n° 2015-433 du 17 avr. 2015 portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse, article 11.*
484. *Loi n° 2009-879 du 21 juil. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.*
485. *On peut citer les conseillers du travail, le personnel navigant professionnel des aéronefs, des professions du droit (avoués et avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation), des activités liées au tourisme et aux loisirs (guides-interprètes et conférenciers nationaux, directeurs de casinos), des activités liées à la sécurité (dirigeants*

*d'entreprises de surveillance, de gardiennage ou de transport de fonds ou de recherche privée, commerce des armements) ou des activités commerciales spécialisées (débitants de tabac et de boissons, direction de régies ou d'entreprises de pompe funèbres). Quelques professions sont ouvertes aux étrangers sous réserve de réciprocité à l'égard des Français dans leur pays d'origine (avocat, architecte, médecin, pharmacien, expert-comptable, commissaire aux comptes).*

486. *Loi n° 2009-879 du 21 juil. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.*
487. *CSP, articles L.4111-1, L.4131-1, L.4141-3, L.4151-5 pour les professions médicales et L.4221-1 à L.4221-8 pour les pharmaciens.*
488. *Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, article 60.*
489. *Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, article 83.*
490. *Loi n° 2012-157 du 1<sup>er</sup> février 2012 relative à l'exercice des professions de médecin, chirurgien-dentiste, pharmacien et sage-femme pour les professionnels titulaires d'un diplôme obtenu dans un Etat non membre de l'Union européenne.*
491. *Circulaire du 26 sept. 1991 (NOR: PRMC9100057C).*
492. *Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 jan. 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, article 11.*
493. *CT, article L.6313-1 13°.*
494. *Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, articles 17 et suivants.*
495. *CESEDA, ancien article R. 742-3, al.2.*
496. *CE, Ass., 21 déc. 2012, nos 332492 ; 332491 ; 332607.*
497. *« Des chibanis surendettés », Dernières nouvelles d'Alsace, 18 mars 2016.*
498. *T. com. Seine, 24 juil. 1958.*
499. *C. cass., 18 déc. 2007, n° 07-12.382.*
500. *Respectivement articles L.221-1 du CASF et 375 du code civil.*
501. *Eurostat 2014. Ils étaient 8 000 selon la circulaire du ministère de la Justice du 31 mai 2013.*

502. *6 158 jeunes sur les 96 départements métropolitains pour la période courant du 31 mai 2013 au 31 déc. 2014* ([http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/mie\\_effectifs.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/mie_effectifs.pdf)).
503. *C'est le cas de nombreux enfants non accompagnés victimes de traite ou d'exploitation ou vivant dans les bidonvilles tels ceux de Calais ou Grande-Synthe.*
504. *Avis du Défenseur des droits n° 15-08 sur la proposition de loi relative à la protection de l'enfant.*
505. *Circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 (NOR : JUSF1602101C).*
506. *Circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités d'accueil et d'évaluation des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation (NOR : JUSF1314192C).*
507. *Voir par exemple : Défenseur des droits, décision n° MDE-2015-235.*
508. *Rapport de N. MUIZNIEKS, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en France du 22 au 26 sept. 2014, § 90.*
509. *Comité des droits de l'enfant, Observations finales, CRC/C/FRA/CO/5, formulées dans le cadre de l'examen du 5ème rapport périodique de la France. Le Défenseur des droits a déposé un rapport d'appréciation ainsi que des observations complémentaires auprès du Comité : <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/presse/communiqués-de-presse/audition-de-la-france-par-le-comite-des-droits-de-lenfant-de-lonu>.*
510. *ONU, 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, § 31.*
511. *Ibid ; voir également Défenseur des droits, décision n° MDE-2014-127.*
512. *ONU, Comité des droits de l'enfant, Observations finales, CRC/C/FRA/CO/5, formulées dans le cadre de l'examen du 5ème rapport périodique de la France.*
513. *Article 375-3 du code civil*
514. *IGPJ, IGAS, IGA, Rapport, L'évaluation du dispositif relatif aux mineurs isolés étrangers mis en place par le protocole et la circulaire du 3 mai 2013, juil. 2014.*
515. *Voir par exemple Annexe 1 à la circulaire : protocole d'évaluation.*
516. *IGPJ, IGAS, IGA, Rapport, précité.*
517. *Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.*

518. *CA Amiens 5 fév. 2015, n° 14/03740. Voir également Défenseur des droits, décision n° MDE-2014-127.*

180

519. *IGPJ, IGAS, IGA, L'évaluation du dispositif relatif aux mineurs isolés étrangers mis en place par le protocole et la circulaire du 31 mai 2013, précité, p.60.*

520. *Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, « Les méthodes d'évaluation de l'âge des migrants mineurs doivent être améliorées », 2011 ; ONU, Rapporteuse spéciale de l'ONU sur la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants, Mission en France, A/HRC/19/63/Add.2 ; Union européenne, Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014). Voir également Avis n° 88 du 23 juin 2005 du Comité consultatif national d'éthique ; Rapport de 2007 de l'Académie Nationale de Médecine ; Avis du Haut conseil de la santé publique (HCSP) relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé du 23 jan. 2014 (extraits : « la détermination d'un âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge exact du jeune lorsqu'il est proche de la majorité légale » ; l'examen dentaire ne permet pas de déterminer la majorité d'un sujet » ; « la détermination d'un âge pubertaire avec examen des caractères sexuels secondaires, poitrines et organes génitaux, n'est pas éthiquement concevable ». Voir également Observations finales du Comité des droits de l'enfant du 29 jan. 2016, CRC/C/FRA/CO/5.*

522. *Article 16-3 du code civil et article L 111-4 du code de la santé publique*

523. *Voir l'article 3 de la Résolution du Conseil de l'Union européenne du 26 juin 1997 (97/C 221/03) concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers et l'article 17 de la directive 205/85/CE du 1<sup>er</sup> déc. 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres concernant les garanties accordées aux mineurs non accompagnés.*

524. *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, § 31.*

525. *Voir à cet égard : Défenseur des droits, décision n° MDE-2014-127.*

526. *IGPJ, IGAS, IGA, Rapport de juil. 2014 précité, p.46.*

527. *CDE, Directives de l'Union européenne, Lignes directrices des Nations Unies relatives à la protection de remplacement pour les enfants, Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains ; ONU, 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, § 25 ; Voir également Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Rapport par N. MUIŽNIEKS suite à sa visite en France du 22 au 26 sept. 2014.*

- 528. *Défenseur des droits, décision n° MDE-2014-127.*
- 529. *CE, 30 déc. 2011, n° 350458.*
- 530. *CE, 1<sup>er</sup> juil. 2015, n° 386769.*
- 531. *Voir, à cet égard, Les mineurs isolés étrangers devant le Tribunal pour enfants de Paris, Dalloz, AJ pénal, jan. 2016.*
- 532. *CA Colmar, 21 avr. 2015, n° 92/15.*
- 533. *Code de procédure civile, articles 1184 et 1186.*
- 534. *Articles 48 et 49 de la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.*
- 535. *Code civil, article 375-5.*
- 536. *Rapport par N. MUIŽNIEKS suite à sa visite en France du 22 au 26 sept. 2014, § 91, précité.*
- 537. *IGPJ, IGAS, IGA, L'évaluation du dispositif relatif aux mineurs isolés étrangers mis en place par le protocole et la circulaire du 31 mai 2013, précité, p. 25.*
- 538. *ONU, Observation générale n° 6 précitée, § 95-97.*
- 539. *Recommandation CM/Rec (2007)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés.*
- 540. *Article 16 de la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.*
- 541. *Article 19 de la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.*
- 542. *CNCDH « premier rapport d'évaluation sur la lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains », 9 mars 2016.*
- 543. *CDE, articles 24 et 39 ; CSE révisée, article 11.*
- 544. *Comité médical pour les exilés.*
- 545. *Observation générale n° 6 du Comité des droits de l'enfant, précitée, §§ 46-49.*
- 546. *CESEDA, article L.741-3.*
- 547. *CE, ordonnance du 23 nov. 2015, n° 394540.*
- 548. *TA Lille, ordonnance du 11 fév. 2016, n° 1600875.*

549. *Upper Tribunal Immigration and Asylum Chamber, Judicial Review Decision Notice, 29 Jan. 2016.*
550. *CESEDA, L.744-6.*
551. *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.*
552. *CESEDA, article L.311-1.*
553. *Cette pratique est d'ailleurs contraire à plusieurs circulaires. Voir notamment : Circulaire n° 452 du Ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement du 5 octobre 2005 (NOR : SANN053096C) ; note de la Direction générale de l'Emploi et de la Formation professionnelle (D.G.E.F.P.) du 3 mars 2010 relative à la mise en oeuvre du contrat de professionnalisation.*
554. *Leyla Şahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, §§ 136, CEDH 2005-XI.*
555. *DEI c. Pays-Bas, 20 oct. 2009 ; conclusions, Turquie, 2011.*
556. *TA Cergy, 15 novembre 2013, n° 1101769.*
557. *Circ. MEN/DESCO B6 no 2002-063, 20 mars 2002, BO Ed. nat., spéc. n° 10, 25 avr.*
558. *CE, 24 janvier 1996, n° 153746 ; TA Bordeaux, 1<sup>er</sup> juill. 1998, rec. CE, p. 518.*
559. *JO Sénat du 19/08/2010 p. 2127*
560. *TA de Paris, 1<sup>er</sup> février 2002, n° 0114244/7, Mme M'Bodet Sissoko*
561. *TA de Montpellier, 25 septembre 2006*
- 181
562. *Cass. crim., 26 juin 2002*
563. *TA de Cergy Pontoise, 15 novembre 2013, n° 1101769*
564. *Voir à cet égard, l'article 313-15 du CESEDA.*



RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR  
DES DROITS**

*Le droit en action*



[defenseurdesdroits.fr](http://defenseurdesdroits.fr)

7, rue Saint-Florentin  
75409 Paris Cedex 08

Tél. : **09 69 39 00 00**

[www.defenseurdesdroits.fr](http://www.defenseurdesdroits.fr)