



Paris, le 23 juin 2015

---

**Avis du Défenseur des droits n°15-17**

---

**Le Défenseur des droits,**

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

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

Dans le cadre de l'examen, par l'Assemblée nationale, du projet de loi n° 2183 relatif au droit des étrangers en France,

Le Défenseur des droits émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Dans la mesure où la lecture du projet de loi relatif au droit des étrangers a été anticipée, l'avis que le Défenseur des droits rend à la Commission des lois de l'Assemblée nationale porte uniquement sur certains points du texte. L'examen du projet de loi au Sénat sera l'occasion de publier un avis plus global qui abordera notamment les nouvelles règles en matière d'assignation à résidence ou bien encore l'articulation de l'intervention des juges administratif et judiciaire dans le contentieux de la rétention et de l'éloignement.

Cependant, à titre liminaire, le Défenseur des droits tient à souligner, en dépit de ce calendrier précipité, combien l'écart est grand entre les intentions de ce projet de loi, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 30 juillet 2014 dans une perspective d'aménagement des règles de la police des étrangers sur notre sol, et les réalités que vit l'Europe au quotidien, illustrés en France par les situations de Calais, Paris et de la frontière italienne.

L'Union européenne est confrontée à un afflux massif de migrants : 70 000 migrants avaient fui leur pays lors du printemps arabe. L'Agence des Nations unies pour les réfugiés estimait fin 2014 que plus de 207 000 personnes avaient tenté de traverser la Méditerranée en 2014. Pour les cinq premiers mois de 2015, 103 000 migrants et réfugiés sont arrivés en Europe en traversant la Méditerranée, selon le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (UNHCR).

On peut débattre des causes, en Syrie, en Erythrée ou au Soudan mais chacun a à l'esprit qu'elles ne s'éteindront pas à brève échéance. On en mesure les effets : près de 3500 morts en 2014, déjà près de 2000 au cours de ce premier semestre ; des situations humanitaires extrêmement délicates, ressenties comme telles par nos concitoyens et qui ne sauraient relever de la seule responsabilité des collectivités locales au gré du nomadisme forcé de ces populations ou de la seule gestion de l'ordre public, sauf à mettre en difficulté les forces de police et de gendarmerie.

Le Défenseur des droits, seulement inspiré par la mission qui lui a été confiée par la Constitution, veut attirer l'attention des représentants de la Nation sur l'impératif qui s'attache à apporter des réponses appropriées à une situation hors du commun, à envisager des solutions conformes aux principes que nos Etats de droits ont toujours cherché à protéger depuis les débuts de la construction européenne. Il insiste en particulier sur le caractère universel du principe constitutionnel d'égalité qui ne saurait tolérer la moindre distinction entre ressortissants nationaux et ressortissants étrangers s'agissant de la garantie des droits fondamentaux attaché à la personne humaine.

Sous réserve de cette considération générale, et pour n'évoquer que le contenu du texte soumis à l'examen de Mmes et MM. les députés, le Défenseur des droits relève que plusieurs dispositions du projet constituent une avancée certaine pour les étrangers en termes d'accès aux droits (accès facilité des étudiants désireux de changer de statut, accès aux droits sociaux des salariés en mission, critères plus favorables d'accès au séjour pour raison médicale). De même, il convient de souligner que l'objectif affiché de sécurisation du droit au séjour des étrangers par la délivrance de titres plus pérennes est de nature à désengorger l'accueil en préfecture et limiter le risque pour les étrangers de faire l'objet de discriminations (à l'emploi, à l'accès aux biens et services notamment) en raison de la précarité de leur séjour.

Il semble néanmoins que ces avancées sont contrebalancées par des mesures beaucoup plus restrictives en termes d'accès aux droits fondamentaux, notamment à l'égard des ressortissants de l'Union européenne, des déboutés du droit d'asile et des personnes malades (dont le sort reste préoccupant malgré la fixation de critères formels d'accès au séjour plus favorables). Par ailleurs, il semble que le texte pourrait être amendé afin que l'objectif de sécurisation du droit au séjour soit pleinement mis en œuvre ou, à tout le moins, ne soit pas réduit à néant par des modalités de contrôle qui peuvent paraître disproportionnées à plusieurs égards.

Plus généralement, la délivrance de titres de séjour dont la durée s'accroît à mesure que l'étranger vit en France, les difficultés pour se voir octroyer une carte de résident et le renforcement de l'exigence de maîtrise de la langue française sont autant d'éléments qui attestent que le texte ne remet pas en cause le mouvement initié par le législateur depuis plusieurs années tendant à ne plus considérer les titres de séjours pérennes comme des outils facilitant l'intégration mais plutôt comme une consécration de cette dernière. Cette inversion n'est pas sans conséquences sur le respect des droits fondamentaux des étrangers.

Dans ce contexte, cinq points importants semblent devoir être soulevés.

## **1. La précarisation du droit au séjour et le risque d'atteinte aux libertés individuelles**

---

### ***La pluriannualité des titres, un objectif pertinent mais non mené à son terme (articles 5, 9, 11)***

Le projet de loi instaure de nouvelles catégories de titres de séjour d'une durée de 4 ans auxquels certains étrangers peuvent prétendre après un an de séjour régulier. Ils concerneront pour l'essentiel les personnes titulaires d'une carte de séjour temporaire « vie privée familiale ». Certains étrangers en sont exclus comme les personnes victimes de la traite des êtres humains engagées dans une procédure de dénonciation au motif qu'elles ont vocation à obtenir une carte de résident en cas de condamnation pénale définitive de la personne mise en cause.

Dans le cadre de son audition par le député Mathias FEKL<sup>1</sup>, le Défenseur des droits s'est prononcé en faveur du développement des titres pluriannuels qui offrent un double intérêt.

Du point de vue de l'administration et de la justice, ces titres permettent une diminution du travail fastidieux et répétitif des préfectures amenées à réétudier annuellement le droit au séjour de personnes qui, il y a plusieurs années, pouvaient parfois bénéficier immédiatement d'une carte de résident. Cette diminution conduirait *de facto* au désengorgement de leurs services puisqu'on estime que 7 à 8 passages en préfecture (hors refus de guichet non comptabilisés) sont nécessaires par titre de séjour délivré<sup>2</sup>.

Ces titres de plus longue durée participent également à l'allègement du contentieux administratif très dense en la matière.

---

<sup>1</sup> « Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France », rapport du député Mathias FEKL en mission auprès du ministre de l'Intérieur, avril 2013

<sup>2</sup> Inspection générale de l'administration, *Rapport sur l'accueil des ressortissants étrangers par les préfectures et sous-préfectures*, ministère de l'Intérieur, décembre 2014

Du point de vue de la défense du droit des étrangers, de tels titres placent les personnes concernées dans une situation de moins grande précarité et vulnérabilité, remplissant ainsi l'objectif affiché du Ministre de l'Intérieur qui, au sujet « *des difficultés à obtenir le renouvellement d'un titre de séjour* », souhaite « *sortir d'une logique à la fois dure humainement [qui] complexifie les missions de l'administration et se révèle, au fond, contre-productive* »<sup>3</sup>.

En effet, le renouvellement annuel des titres de séjour provisoires représente tout d'abord un coût non négligeable pour les intéressés. Bien plus, le Défenseur des droits a eu l'occasion de démontrer à quel point la possession d'une carte de séjour temporaire implique pour le 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 qui détiendrait une carte de plus longue durée, telle une carte de résident.

Toutefois, le Défenseur des droits avait estimé que cette réforme serait pertinente uniquement si elle s'intégrait dans un parcours d'intégration des étrangers permettant que ces titres puissent être délivrés rapidement au lieu et place des cartes d'un an et sans retarder la délivrance de la carte de résident, « *les difficultés à obtenir les renouvellements de titres de séjours [étant] des facteurs de fragilisation économique, d'instabilité et, in fine, d'obstacle à l'intégration* » selon les propres termes du Ministre de l'Intérieur<sup>4</sup>.

Sur ce point, le projet de loi laisse subsister quelques doutes : rien dans le dispositif projeté ne garantit que cette carte de 4 ans sera délivrée juste après la carte d'un an et permettra, à son propre terme, la délivrance d'une carte de résident. En effet, le projet de loi ne confère pas de caractère automatique et de plein droit à la délivrance de la carte de résident après 5 années de séjour régulier (c'est-à-dire après un titre d'un an puis un titre de quatre ans). Ainsi, on ne voit pas ce qui empêcherait une préfecture de délivrer un autre titre pluriannuel, voire un nouveau titre d'un an si l'étranger venait à changer de statut. Dans ce cadre, la mise en place de titres pluriannuels peut s'avérer source de complexification.

Le Défenseur des droits avait d'ailleurs, sur ce point rappelé que la carte de résident, d'une validité de 10 ans, remplissait à elle seule les objectifs de stabilité et simplification recherchés. A l'occasion des 30 ans de la création de ce titre de séjour, il est opportun de rappeler qu'elle était vue en 1984 comme le titre de droit commun, le point de départ et la condition à l'intégration de l'étranger qui en était titulaire, ce qui n'est aujourd'hui plus le cas.

Les chiffres de délivrance de cette carte parlent d'eux-mêmes : en tant que premier titre (admission au séjour), 60 000 personnes obtenaient en moyenne chaque année entre 1986 et 1990 une carte de résident de plein droit. Après la loi dite « Pasqua » du 24 août 1993, elles sont moins de 40 000, puis moins de 30 000 après la loi du 26 novembre 2003 dite « Sarkozy », pour arriver aujourd'hui autour de 17 000 personnes. Depuis les années 90, la part des cartes de résident délivrées en tant que premier titre au regard de l'ensemble des titres de séjours octroyés est donc passée de plus de 40% à moins de 10% en 2013 et 2014. La part des étrangers titulaires d'une carte de résident (qu'il s'agisse de leur premier titre ou pas) s'est ainsi érodée de 90% au début des années 90 à moins de 65% fin 2014, soit une

---

<sup>3</sup> Manuel Valls, Commission des lois du Sénat, 25 juillet 2013

<sup>4</sup> *Ibid.*

perte de 20 points en une quinzaine d'années<sup>5</sup>. Ainsi qu'il a été dit précédemment, le durcissement des conditions d'octroi, dans les réformes successives tout comme dans le présent projet de loi (notamment en matière d'exigences linguistiques), en font désormais le « couronnement », la « récompense » d'une intégration réussie.

Sur ce point, il est particulièrement regrettable que des étrangers qui bénéficiaient avant 2003 de cette carte de plein droit, se voient justement privés de l'opportunité de bénéficier de ces nouveaux titres pluriannuels d'une durée de 4 ans, remplacés par des titres de 2 ans (article 11 du projet de loi créant les articles L.313-17 à L.313-18). Ces étrangers devraient pourtant être particulièrement protégés en tant que parents d'enfants français et conjoints de Français pour lesquels le Défenseur des droits a préconisé, dans sa décision n°2014-71 du 9 avril 2014, un renforcement de leur droit au séjour, particulièrement lorsqu'il s'agit de femmes, conjointes de Français, qui perdent leur droit au séjour dans le cadre de violences conjugales du fait de la rupture de vie commune. L'on comprend mal ce qui justifie la durée plus limitée du titre de séjour qui place les intéressés dans une situation pour le moins paradoxale en vertu de laquelle les étrangers conjoints de ressortissants de l'Union européenne ont un droit au séjour plus favorable que les étrangers conjoints de ressortissants français.

**En conséquence, le Défenseur des droits réitère ses recommandations tendant à modifier l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L.314-11 pour le rédiger tel qu'il existait avant la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration et permettre la délivrance de plein droit de la carte de résident :**

- **aux ressortissants étrangers conjoints de Français à la condition d'être mariés depuis au moins deux ans et de ne pas avoir rompu la communauté de vie,**
- **aux parents d'enfants français.**

**Dans l'hypothèse où cette recommandation ne serait pas retenue, le Défenseur des droits préconise la délivrance de titres pluriannuels de 4 ans pour ces catégories d'étrangers en supprimant la disposition de l'article 11 du projet de loi qui crée, par exception, un titre pluriannuel de 2 ans à leur égard.**

**Par ailleurs, le Défenseur des droits demande que la carte de résident soit délivrée de plein droit au terme du premier titre pluriannuel à l'étranger qui remplit toujours les conditions de son séjour.**

#### ***Des moyens de contrôles et de retraits des titres disproportionnés (articles 8 et 25)***

Pour contrôler la sincérité et l'exactitude des déclarations des intéressés ou l'authenticité des pièces produites pour l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification, le préfet peut, en application de l'article 25, demander toute pièce ou information, sans que le secret professionnel puisse être opposé (autre que le secret médical), aux :

- administrations fiscales ;
- administrations chargées du travail et de l'emploi ;
- autorités dépositaires des actes d'état civil ;
- organismes de sécurité sociale ;
- collectivités territoriales ;
- chambres consulaires ;
- établissements scolaires et d'enseignement supérieur ;

---

<sup>5</sup> Antoine MATH, Alexis SPIRE, *Précarisation du séjour, la preuve par les chiffres*, Plein droit n°102, octobre 2014.

- fournisseurs d'énergie, de télécommunication et d'accès internet ;
- établissements de soin publics et privés ;
- établissements bancaires et des organismes financiers ;
- entreprises de transport des personnes ;
- greffes des tribunaux de commerce.

A ces contrôles, s'ajoutent les dispositions de l'article 8 selon lesquelles l'étranger doit pouvoir justifier à tout moment 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.

L'article 25 est sans doute la disposition la plus contestable du texte en ce qu'elle atteste de la forte suspicion à l'égard des étrangers et constitue une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles et au secret professionnel, notamment des travailleurs sociaux. En effet, si le secret médical est formellement garanti dans ces contrôles, les services préfectoraux pourront néanmoins demander à un établissement de soins de « *consulter les données pertinentes* » qu'il détient.

Il apparaît ainsi que l'objectif légitime poursuivi par le projet de loi tendant à la sécurisation du droit au séjour est battu en brèche par ces contrôles inopinés et d'une ampleur sans précédent qui permettent à l'administration de porter une atteinte conséquente aux libertés individuelles sans qu'aucun contrôle de l'autorité judiciaire ne soit prévu.

**Le Défenseur des droits recommande la suppression du dispositif prévu à l'article 25 du projet de loi ou, à tout le moins, que celui-ci soit encadré juridiquement et limité dans le temps.**

## **2. Malades étrangers, un sort préoccupant**

---

### ***Le transfert de la mission d'évaluation médicale aux médecins de l'OFII (article 10, 3°)***

En modifiant l'article L.313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« CESEDA »), l'article 10 du projet de loi ôte l'évaluation médicale aux médecins des agences régionales de santé – sous la tutelle du ministère de la Santé - pour la confier aux médecins de l'OFII désormais compétents pour accorder un droit au séjour pour raisons médicales.

Un tel transfert comporte le risque que l'Office français de l'immigration et de l'intégration (« OFII »), sous tutelle exclusive du ministère de l'intérieur, s'éloigne de l'objectif de protection et de prévention en matière de santé (individuelle et de santé publique) pour privilégier un objectif de gestion des flux migratoires et de contrôle des étrangers puisqu'aucune garantie d'indépendance de ses acteurs n'est assurée.

Le rapport IGA/IGAS de mars 2013<sup>6</sup> qui pointait la disparité des avis des médecins des agences régionales de santé (« ARS ») ne préconisait pas un tel passage à l'OFII mais un travail plus collégial de ceux-ci. La circulaire interministérielle du 10 mars 2014<sup>7</sup> encourageait elle-même une telle approche. Le Haut Comité de la Santé Publique en 1993<sup>8</sup> constatait quant à lui qu'il était totalement inapproprié que des missions médicales relevant du ministère de la Santé soient confiées à une autre administration.

---

<sup>6</sup> IGA-IGAS, *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, mars 2013

<sup>7</sup> Instruction interministérielle n° DGS/MC1/DGEF/2014/64 sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pour raisons médicales.

<sup>8</sup> Haut Comité de la Santé Publique, *Rapport sur la santé en milieu carcéral*, janvier 1993.

Ce transfert est un signe supplémentaire du désengagement du ministère de la Santé qui considère les personnes malades étrangères comme étrangères avant d'être malades et qui accepte depuis 2012 de réduire son propre champ de compétence en la matière.

Ainsi, alors même que le Défenseur des droits relève l'avancée importante que constitue la référence à la notion « *d'effectivité des traitements* » dans le pays d'origine pour décider de l'admission au séjour en France (quand la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration avait remplacé cette notion par celle d'« *absence de traitement approprié* » dans le pays d'origine), il craint que ce progrès soit à relativiser dans l'hypothèse d'une évaluation médicale menée par l'OFII.

**Dans ce cadre, Défenseur des droits recommande la suppression de la modification de l'article L.313-11 du CESEDA afin que les médecins des ARS restent les personnes compétentes pour évaluer l'état de santé des personnes en vue de l'obtention d'un droit au séjour pour raisons médicales. Il préconise en outre que cette évaluation réalisée par les médecins des ARS se fasse de manière collégiale.**

***Le statut fragile des accompagnants d'enfants malades contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant***

Le projet de loi reste muet sur le séjour de ces personnes dont le statut mériterait pourtant d'être réformé.

En l'état actuel du droit, l'article L 311-12 du CESEDA prévoit que, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, une autorisation provisoire de séjour (« APS ») peut être délivrée à l'un des parents étranger d'un enfant dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire.

Aux termes de l'article L.311-12 du CESEDA, l'APS délivrée aux parents d'enfants malades n'autorise en principe pas son titulaire à travailler. Certes, elle peut être assortie d'une autorisation provisoire de travail, sur présentation d'un contrat de travail. Toutefois, dans les faits, au regard de la nature précaire d'un document de séjour qui mentionne expressément ne pas autoriser à travailler, aucun employeur ne propose un tel contrat.

Le Défenseur des droits est régulièrement saisi par des parents d'enfants malades qui, en application de cet article, se voient délivrer des APS renouvelées depuis plusieurs années. A cette occasion, il peut observer que la délivrance d'un tel document ne leur conférant pas un véritable droit à séjourner - mais une unique autorisation de le faire - a sur leurs conditions d'existence des incidences peu compatibles avec l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant.

En effet, dans l'impossibilité de travailler, ces accompagnants ne disposent pas de ressources suffisantes pour subvenir dignement aux besoins de leurs enfants, besoins pourtant particulièrement importants au regard de leur état de santé. Par ailleurs, les durées extrêmement brèves des autorisations qui leur sont délivrées les contraignent à des démarches longues et répétitives en préfecture. Enfin, cet article ne permet de délivrer une APS qu'à l'un des parents de l'enfant malade étranger, ce qui est contestable au regard du droit de mener une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la Convention européenne

des droits de l'Homme (« CEDH »), particulièrement lorsque ces autorisations de séjour se renouvellent pendant plusieurs années au cours desquelles les familles sont séparées.

Plusieurs juridictions ont suivi un raisonnement en tout point comparable et ont enjoint aux préfets de délivrer une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » d'une durée d'une année<sup>9</sup> et ce, indépendamment des dispositions de l'article L.311-12 du CESEDA qui permettaient au Préfet de ne délivrer que des autorisations provisoires de séjour.

**Fort de cette analyse confortée par une jurisprudence solide, le Défenseur des droits recommande que l'article L.311-12 du CESEDA soit réformé afin de contraindre le préfet à délivrer une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » sur le fondement de l'article L. 313-11 (7°) lorsque, après le premier renouvellement de l'autorisation provisoire de séjour, il s'avère que l'état de santé de l'enfant nécessite de longs soins en France. Il préconise en outre que cette autorisation provisoire de séjour soit assortie d'une autorisation de travail.**

#### *L'accès au regroupement familial et à la carte de résident entravé pour les bénéficiaires de l'AAH*

La Halde, puis le Défenseur des droits, ont toujours considéré qu'opposer une condition de ressources égales au SMIC aux candidats au regroupement familial et à la carte de résident - alors qu'ils sont bénéficiaires de l'allocation aux adultes handicapés (« AAH ») - constituait une discrimination à raison du handicap et de l'état de santé. En effet, c'est au regard du montant de cette allocation et, partant, de leur handicap que l'accès à ces droits est refusé.

L'avancée de la loi du 20 novembre 2007 relative à l'immigration exonérant de cette condition de ressources les bénéficiaires de l'AAH avec un taux d'incapacité de plus de 80% ne résout qu'une partie du problème et interdit toujours le regroupement familial aux personnes ayant l'AAH avec un taux d'incapacité de moins de 80%. Or, si l'allocation est versée automatiquement lorsque le taux d'incapacité est supérieur ou égal à 80%, l'AAH est octroyée en cas d'incapacité inférieure à 80% uniquement si les intéressés démontrent qu'ils ont une restriction substantielle à l'emploi. Cela signifie que les personnes concernées, du fait de leur handicap, ne peuvent percevoir d'autres ressources que le montant de l'AAH, lequel est inférieur au seuil de ressources exigées.

Le même raisonnement peut être conduit à l'égard de la condition de ressources exigée pour la délivrance de la carte de résident en vertu de l'article L.314-8 du CESEDA pour laquelle il n'existe aucune exemption.

Le Défenseur des droits a eu l'occasion de formuler de nombreuses observations devant les juridictions saisies lesquelles annulent les refus de regroupements familiaux dans la quasi-totalité de ces affaires<sup>10</sup>.

**En conséquence, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à réformer les articles L.411-5 (concernant le regroupement familial) et L.314-8 du CESEDA (concernant la carte de résident) afin d'exonérer toutes les personnes qui, en raison de leur état de santé ou de leur handicap, ne sont pas en mesure de remplir la condition de ressources nécessaire à l'accès à ces droits.**

---

<sup>9</sup> TA Paris, 21 décembre 2012, n°1115970 ; TA Versailles, 17 avril 2015, n° 1403169 et 1403170 ; Cour administrative de Bordeaux, 30 octobre 2012 ; TA Pontoise, 5 février 2008 (n°0707506)

<sup>10</sup> Voir par exemple, TA de Limoges, 24 septembre 2009, TA de Besançon le 12 mars 2011, TA de Melun le 8 juillet 2011



### 3. Etrangers ultramarins, le bénéfice du droit commun encore lointain

---

#### ***Le droit au recours effectif contre les mesures d'éloignement, une avancée indéniable mais qui reste en-deçà des exigences européennes (article 16)***

Le droit français actuellement en vigueur ne prévoit pas de recours suspensif contre les mesures d'éloignement prises à l'encontre des étrangers dépourvus de droit au séjour à Mayotte, en Guyane, à Saint-Martin, et, pour une période de 5 ans régulièrement renouvelée, en Guadeloupe et à Saint-Barthélemy (articles L.514-1 et L.514-2 du CESEDA).

Cela signifie que l'éloignement des étrangers peut être exécuté avant que le juge ait pu se prononcer sur la légalité de la décision.

Le Défenseur des droits a constaté à plusieurs reprises, par voie d'observations devant les juridictions saisies ou de recommandations générales au gouvernement, que l'absence d'une telle garantie n'était pas conforme aux exigences du droit européen (CEDH, 13 décembre 2012 *De Souza Ribeiro c/France*).

Aux termes de cet arrêt en effet, lorsque les articles 2, 3 et 8 de la Convention sont invoqués (droit à la vie, droit de ne pas subir de torture et de traitements inhumains et dégradants, droit de mener une vie familiale normale) ou l'article 4 du Protocole n°4 (expulsions collectives), le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention exige que le recours soit de plein droit suspensif ou, au moins, assorti de nombreuses garanties procédurales très proches.

Le nouveau dispositif prévu par l'article 16 du projet de loi est le suivant : si l'étranger a pu, avant d'être éloigné, introduire devant le tribunal administratif un référé-liberté contre son OQTF, l'administration doit suspendre l'exécution de cet éloignement jusqu'à ce que le juge des référés :

- rejette la requête au seul vu des écrits en la considérant irrecevable ou mal fondée ;
- ou bien se prononce après une audience du tribunal intervenant dans un délai de 48 heures.

Le projet de loi constitue une indéniable avancée puisque lorsque certaines libertés fondamentales seront invoquées, le juge devra statuer avant l'exécution de l'éloignement. Il ne semble toutefois toujours pas pleinement conforme aux prescriptions de la décision *De Souza Ribeiro*.

En effet, le référé-liberté est une procédure justifiée par l'urgence par laquelle il est demandé au juge de constater que la mesure porte une atteinte grave et manifestement illégale à la sauvegarde d'une liberté fondamentale. Cette procédure ne permet pas au juge de s'exprimer sur la légalité de la mesure mais se borne à lui demander d'ordonner les mesures les plus urgentes afin d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux invoqués. Or, la jurisprudence européenne exige expressément un examen sérieux et suffisamment approfondi (*De Souza Ribeiro*, § 83).

Bien plus, les étrangers dans l'impossibilité de se prévaloir d'une atteinte à une liberté fondamentale seront toujours privés du droit à un recours effectif dont bénéficient les étrangers partout ailleurs sur le territoire.

Le seul recours en urgence accessible pour la majorité des étrangers en rétention reste en effet le référé-suspension, qui consiste à demander au juge d'examiner la légalité d'une

mesure d'éloignement dans les meilleurs délais. Or ce recours n'est quasiment jamais examiné à temps, ce qui le rend inopérant et inaccessible en pratique.

Le gouvernement justifie ce non alignement des règles du contentieux administratif des OQTF sur le droit commun au motif que :

*« L'extension d'un recours suspensif de plein droit impliquerait inéluctablement des phénomènes d'engorgement et de paralysie des juridictions et des capacités d'action de l'autorité administrative » contraires à « l'objectif de valeur constitutionnelle d'une bonne administration de la justice » (étude d'impact du projet de loi)*

La Cour européenne a pourtant explicitement jugé non pertinent cet argument dans son arrêt précité : *« tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition » (§98)*

Enfin, il est important de rappeler que l'effectivité du recours n'est garantie pour la Cour européenne que si l'intervention du juge est « réelle » afin d'éviter tout risque de décision arbitraire et si les autorités ne procèdent pas de manière expéditive à l'éloignement de la personne, ce qui rend le recours inopérant et inaccessible (§§ 93, 96).

Or, tant que les éloignements forcés seront exécutés de manière aussi expéditive, notamment à Mayotte<sup>11</sup>, il sera le plus souvent impossible de déposer quelque recours que ce soit, suspensif ou non.

**Pour ces raisons, le Défenseur des droits recommande la suppression de l'article L.514-1 (3°) du CESEDA pour permettre une application du droit au recours suspensif identique sur l'ensemble du territoire français et conforme aux exigences européennes.**

**A tout le moins, il préconise la généralisation de la possibilité prévue à l'article L.514-1 (1°) tendant à ce que la mesure d'éloignement ne puisse pas être mise à exécution avant le délai d'un jour franc à compter de la notification de cette décision. En l'état actuel du droit, cette possibilité est offerte à l'étranger dans la seule hypothèse où l'autorité consulaire le demande, ce qui reste très rare dans les faits. En généralisant ce dispositif, l'accès au juge sera moins entravé.**

#### **4. Ressortissants de l'Union européenne et déboutés du droit d'asile, un éloignement et une interdiction du territoire facilités**

---

***L'interdiction de circuler sur le territoire français opposée aux ressortissants de l'Union européenne qui auraient abusé de leur liberté de circulation ou qui constitueraient une menace grave pour l'ordre public (article 15)***

L'article 15, en modifiant l'article L.511-3-1 et en créant l'article L.511-3-2 du CESEDA, prévoit la possibilité d'assortir une OQTF frappant un ressortissant de l'Union européenne de l'interdiction de circuler sur le territoire français pour une durée maximale de trois ans si l'intéressé a abusé de sa liberté de circulation ou bien s'il constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société française.

---

<sup>11</sup> Les placements en centre de rétention administrative, pour la quasi majorité d'entre eux, sont inférieurs à un jour.

Il est difficile de ne pas anticiper que cette disposition, dont on peut douter de la conformité au droit de l'Union européenne, vise en réalité les citoyens roumains et bulgares, d'origine « Rom » réelle ou supposée, dont le Défenseur des droits n'a de cesse de dénoncer la stigmatisation.

En effet, il convient de mettre en lien cette disposition avec la jurisprudence récente du Conseil d'Etat aux termes de laquelle un ressortissant de l'Union européenne qui n'a d'autre moyen d'existence que la mendicité « *constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité publique qui constitue un intérêt fondamental de la société française* » lorsqu'elle est interpellée, sans être condamnée, pour escroquerie à la charité<sup>12</sup>.

Par ailleurs, cette nouvelle disposition s'ajoute à celle adoptée dans le cadre de la loi du 13 novembre 2014 relative à la lutte contre le terrorisme, laquelle prévoit la possibilité pour le ministre de l'Intérieur de prononcer à l'égard des ressortissants européens une mesure d'interdiction du territoire français, avant toute commission d'infraction, si leur présence constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour la sécurité publique ou pour un intérêt fondamental de la société française.

Enfin, la notion d' « abus de liberté de circulation » sur le territoire de l'Union européenne est une notion trop floue et trop peu appréhendée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») pour qu'elle puisse permettre de fonder juridiquement non seulement une mesure d'éloignement mais en outre une interdiction de circuler sur le territoire. Rappelons à cet égard que la liberté de circulation sur le territoire de l'Union européenne, pour un de ses ressortissants, est une liberté fondamentale du droit de l'Union (articles 18 et 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et que toute atteinte à cette liberté ne peut être entendue que de manière restrictive.

**En conséquence, le Défenseur des droits préconise la suppression de ce nouvel article L.511-3-2 afin que des ressortissants de l'Union européenne ne puissent plus être interdits de circulation sur le territoire français, pour une durée maximale de 3 ans, au motif qu'ils auraient abusé de leur liberté de circulation ou constitueraient une menace à l'ordre public.**

***Le rejet de la demande d'asile comme fondement juridique à l'obligation de quitter le territoire (article 14).***

L'article 14, en réformant l'article L.511-1 du CESEDA, prévoit une nouvelle catégorie d'OQTF concernant les demandeurs d'asile déboutés.

Ainsi que le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de l'écrire dans un courrier adressé aux membres de la Commission mixte paritaire se prononçant sur le projet de loi relatif à l'asile, outre le fait qu'une telle disposition crée une confusion entre l'appréciation du bien-fondé de la demande d'asile, relevant de l'OFPRA et de la CNDA, et l'appréciation du droit au séjour, relevant du préfet, cette disposition semble fragile juridiquement.

D'une part, elle paraît peu conforme au droit de mener une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la CEDH, puisqu'un étranger débouté du droit d'asile pourrait tout à fait déposer une demande de titre de séjour sur un autre fondement (raisons médicales, liens familiaux, etc.). D'autre part, l'automatisme ainsi consacré entre le refus de l'asile et la mesure d'éloignement est contraire à la directive européenne 2008/115/CE dite directive « retour ».

---

<sup>12</sup> CE, 1<sup>er</sup> octobre 2014, n°365054

**C'est pourquoi le Défenseur des droits préconise la suppression de cette partie de l'article 14 du projet de loi afin qu'aux termes de l'article L.511-1 du CESEDA, il ne soit plus possible de fonder une OQTF sur le rejet de la demande d'asile.**

## **5. Enfants privés de liberté, les oubliés de la réforme**

---

Au-delà de ce que le texte prévoit, le Défenseur des droits estime opportun de revenir sur ce sujet qu'il souhaiterait voir intégré dans le projet de loi.

Au regard de 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>13</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* ».

### ***Mineurs en zone d'attente***

Il résulte de cet article de la CDE et de sa consécration dans l'ordonnancement juridique français que le placement même des enfants non accompagnés en zone d'attente est critiquable.

Par ailleurs, le fait que la loi relative à l'asile prochainement votée par le parlement, dispose qu'un administrateur *ad hoc* soit immédiatement désigné n'évite pas – l'actualité récente en atteste – que des enfants isolés se retrouvent contraints de passer plusieurs jours dans des locaux qui, quels que soient les aménagements entrepris, n'en demeurent pas moins des lieux privatifs de liberté et inappropriés à la présence d'enfants, notamment en très bas âge.

**Au regard des nombreuses difficultés qui perdurent en zone d'attente concernant ces enfants, le Défenseur des droits recommande la fin des privations de liberté en zone d'attente pour tous les mineurs isolés quelle que soit leur nationalité, ainsi que leur admission sur le territoire en vue d'un placement aux fins d'éclaircir leur situation individuelle.**

### ***Mineurs en centres et locaux de rétention administrative***

Si l'adoption de la circulaire ministérielle du 6 juillet 2012 demandant aux préfets de recourir à l'assignation à résidence des familles faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, plutôt qu'au placement en rétention administrative, a entraîné une diminution significative de la présence d'enfants en rétention, les réclamations individuelles dont le Défenseur des droits est régulièrement saisi démontrent que le recours à cette mesure perdure. Or, la rétention administrative d'enfants – accompagnés ou non – est contraire à leur intérêt supérieur ainsi qu'aux articles 3, 5 et 8 de la Convention. C'est le sens de la tierce intervention que le Défenseur a déposée devant le Cour européenne des droits de l'Homme dans le cadre de la requête *R.K. c. France* (n° 68264/14).

**Le Défenseur des droits recommande que le recours à la rétention des mineurs, isolés ou non, soit proscrit et que cette interdiction, qui ne devrait plus souffrir d'exception, soit inscrite dans la loi.**

---

<sup>13</sup> CE, 14 février 2001, 220271 et CE, 31 octobre 2008, OIP, 293785