

**Avis sur la réforme  
du droit des étrangers**

*(Assemblée plénière - 21 mai 2015 - Adoption : unanimité)*

1. Par lettre du 24 décembre 2012, le Premier ministre avait confié au député Matthias Fekl une mission parlementaire auprès du ministre de l'intérieur portant sur trois questions : la mise en œuvre du titre de séjour pluriannuel, l'amélioration de l'accueil et des modalités de traitement des dossiers déposés par des ressortissants étrangers en préfecture, enfin le contrôle juridictionnel de la rétention et de l'éloignement. La CNCDH avait été auditionnée le 14 mars 2013, avant remise du rapport au Premier ministre le 14 mai 2013<sup>1</sup>. Elle avait parallèlement participé, au printemps de la même année, à plusieurs réunions de concertation organisées par le ministère de l'intérieur<sup>2</sup> afin de préparer une réforme du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Le 23 juillet 2014, un projet de loi *relatif au droit des étrangers en France* a été adopté en Conseil des ministres. Par lettre du 5 août 2014, le ministre de l'intérieur a saisi la CNCDH en vue de recueillir son avis sur ce texte.
2. Le projet de loi intervient dans un contexte extrêmement difficile où des populations entières fuient, au péril de leur vie, les conflits armés sévissant au Moyen-Orient<sup>3</sup>, et ailleurs. A cela s'ajoute la survenance récente d'événements tragiques aux frontières de l'espace Schengen<sup>4</sup>, qui alourdit considérablement le nombre de morts aux portes de la « forteresse Europe »<sup>5</sup>. Ces événements laissent craindre que les pouvoirs publics ne

---

<sup>1</sup> M. Fekl, *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France. Mise en œuvre du titre pluriannuel de séjour, amélioration de l'accueil en préfecture et contrôle juridictionnel de la rétention et de l'éloignement. Rapport au Premier ministre*, 14 mai 2014.

<sup>2</sup> Les 20 et 28 mars 2013, se sont déroulées deux réunions de concertation présidées par le Secrétaire général à l'immigration et à l'intégration. La première était consacrée à la recherche de solutions adaptées pour faire en sorte « que les mesures de contrainte dans les procédures d'éloignement puissent être mise en œuvre de la façon la plus respectueuse des droits fondamentaux, tout en assurant l'effectivité des décisions d'éloignement ». La seconde réunion portait sur la question du renforcement des garanties de respect des droits des retenus et sur celle de l'amélioration des conditions de fonctionnement des centres de rétention. Le 26 avril 2013, s'est tenue une 3<sup>ème</sup> réunion, ayant le même objet, sous la présidence du Directeur adjoint du cabinet du ministre.

<sup>3</sup> Voir A. Kachee, « La crise en Syrie, un défi majeur pour la France et l'Europe. Un conflit interne aux répercussions régionales », in : Forum réfugiés - Cosi, *L'asile en France et en Europe, Etat des lieux 2014*, juin 2014, pp. 24-30.

<sup>4</sup> Voir Amnesty International, *La forteresse Europe. Faits et chiffres. Rapport*, juillet 2014 ; Amnesty International, *Des vies à la dérive. Réfugiés et migrants en péril en Méditerranée. Rapport*, octobre 2014 ; FIDH - Migreurop - REMDH, *Frontex. Entre Grèce et Turquie : la frontière du déni*, mai 2014.

<sup>5</sup> Voir C. Rodier, *Xénophobie business. A quoi servent les contrôles migratoires ?*, La découverte 2012, p. 189, qui évalue à 16 250 le nombre de personnes décédées entre 1993 et 2012, lors d'une tentative de passage

soient tentés de durcir davantage leur politique de contrôle des flux migratoires venant du Sud<sup>6</sup>. Si la CNCDH peut, sans naïveté, comprendre les craintes d'afflux massifs, elle estime néanmoins que celles-ci doivent être ramenées à de plus justes proportions. En effet, les migrants internationaux ne représentent aujourd'hui qu'environ 3 % de la population mondiale (contre 5 % à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle)<sup>7</sup> ; même si leur nombre a triplé en quarante ans, ces mouvements sont devenus partie prenante de la mondialisation, reflets d'un monde interdépendant<sup>8</sup>. Catherine Wihtol de Wenden estime qu'en « 2011, pour 240 millions de migrants internationaux, on comptabilisait 97 millions de migrations Sud-Nord, 74 millions de migrants Sud-Sud, 37 millions de migrations Nord-Nord et 40 millions de migrations Nord-Sud »<sup>9</sup>. Contrairement à ce qui est très souvent affirmé, le Nord n'est indéniablement pas le seul eldorado, dès lors que le Sud attire presque autant de migrants que le Nord<sup>10</sup>. L'avenir dira si l'Europe continuera à attirer durablement les migrations et si les pays émergents deviendront à leur tour de puissants pôles d'accueil<sup>11</sup>... En outre, le solde migratoire de la France est depuis 2008 équivalent à celui des années 80 et d'une partie des années 90 (environ 45 000 individus, source INSEE), à l'exception de quelques pics notables entre 2003 et 2006<sup>12</sup>. Aussi, certains démographes contestent-ils l'idée reçue d'une « intrusion massive »<sup>13</sup>. A ce propos, la CNCDH ne peut, une fois de plus, que condamner fermement la prolifération des discours imprégnés d'une fausse rhétorique de l'invasion<sup>14</sup> et traumatisant parfois l'opinion publique avec des relents racistes et xénophobes<sup>15</sup>.

3. L'esprit du temps est-il frappé du sceau indélébile du rejet de l'Autre ? La loi n° 2011-671 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* a clairement scellé l'existence des « nouvelles frontières de la société française »<sup>16</sup> marquées par la nette progression d'un tel rejet<sup>17</sup>, ce phénomène ayant été accentué par l'attitude de la France, fermement dénoncée par la CNCDH, face à l'exode de nombreux

---

clandestin des frontières de l'espace Schengen. Pour sa part, La Cimade évalue le nombre de morts aux frontières de l'Europe à 19 500 depuis 1988 (*Migrations : état des lieux 2014*, mai 2014, p. 134).

<sup>6</sup> Voir C. Wihtol de Wenden, *La question migratoire au XXI<sup>ème</sup> siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Les presses de SciencesPo. 2013, pp. 149-163, qui relève que depuis les années 80-90, les réfugiés sont entrés de plain-pied dans la problématique des migrations et des relations internationales. Les pays occidentaux cherchent, par tous moyens, à endiguer les flux de réfugiés issus des régions les plus déshéritées de la planète et à s'affranchir au maximum des obligations de la Convention de Genève.

<sup>7</sup> Sur les difficultés d'interprétation des chiffres et statistiques en matière migratoire, voir F. Jault-Seseke, S. Corneloup et S. Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF 2014, n° 265 à 267, pp. 223-224.

<sup>8</sup> C. Wihtol de Wenden, *Le droit d'émigrer*, CNRS éditions 2013, p. 33.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>10</sup> 114 millions pour le Sud contre 134 pour le Nord, d'après les estimations de Catherine Wihtol de Wenden.

<sup>11</sup> C. Wihtol de Wenden, *Le droit d'émigrer, op. cit.*, p. 33.

<sup>12</sup> 100 000 individus en 2003, 105 000 en 2004, 95 000 en 2005 et 115 025 en 2006 (source INSEE).

<sup>13</sup> F. Héran, *Le temps des immigrés. Essai sur le destin de la population française*, Seuil 2007, pp. 51-60 ; F. Héran, « L'immigration en France : des chiffres en débat », *Cahiers Français* n° 385 (2015), pp. 2-8.

Voir également X. Thierry, « Y a-t-il une vérité des chiffres sur les tendances migratoires ? », in : C. Rodier et E. Terray, *Immigration : fantasmes et réalités. Pour une alternative à la fermeture des frontières*, La Découverte 2008, pp. 27-34.

<sup>14</sup> Voir E. Aubin, *Droit des étrangers*, Gualino 2014, n° 28, pp. 46-47, qui évoque à ce propos le « poids des mots » dans les discours des responsables politiques portant sur la politique migratoire.

Par ailleurs, A. Favell a montré comment en France et au Royaume-Uni, ces discours ont brouillé les frontières de la droite et de la gauche et comment le positionnement à l'égard des extrêmes a conditionné les énoncés sur le crime et les migrants (A. Favell, *Philosophies of integration, the theory and practice of ethnic minorities policies in France and Britain*, IUE 1998).

<sup>15</sup> Sur cette question voir CNCDH, *Rapport 2014. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La documentation française 2015. Pour une autre approche, voir L. Bouvet, *L'insécurité culturelle*, Fayard 2015.

<sup>16</sup> Voir D. Fassin (dir.), *Les nouvelles frontières de la société française*, La découverte 2010.

<sup>17</sup> Pour une approche identique de l'esprit de la loi du 16 juin 2011, voir E. Aubin, *Droit des étrangers, op. cit.*, n° 28, p. 46.

ressortissants dans le sillage des « printemps arabes »<sup>18</sup>. Très récemment encore, la France n'a pas été plus généreuse et exemplaire dans l'accueil des exilés fuyant la Syrie<sup>19</sup>. A cela s'ajoute la multiplication des discours racistes et haineux, notamment sur la toile<sup>20</sup> ou à l'endroit des populations roms<sup>21</sup>. Devant ce mur d'intolérance qui se construit, pierre après pierre, sous nos yeux, il n'est pas surprenant que l'opinion publique voie trop souvent dans les migrations « *une concurrence potentielle sur le marché du travail, une difficulté à vivre ensemble, voire une atteinte à son identité et une mise en péril de l'Etat providence et des objectifs sécuritaires* »<sup>22</sup>. Cependant la recherche académique a établi qu'il n'y a aucune corrélation certaine :

- entre la présence d'étrangers et des difficultés grandissantes pour les nationaux d'accès au marché du travail ou aux prestations sociales, des recherches documentées ayant démontré que l'immigration peut être considérée comme une richesse pour la France et qu'elle ne peut être sérieusement considérée comme un frein pour l'économie<sup>23</sup> ;
- entre les courbes de la délinquance et la présence d'une forte population d'origine étrangère, ni entre ouverture du marché, taux important d'activités transfrontalières et délinquance, ni entre pauvreté, chômage et criminalité<sup>24</sup>.

4. Dans ces conditions, la CNCNDH se doit de mettre en garde contre les « idées toutes faites » et les « faux débats » : « *L'immigration entraîne certes des effets positifs et des effets négatifs en termes économiques, sociaux, culturels, etc. qu'il s'agit d'identifier le plus clairement possible, d'amplifier pour les premiers et de limiter pour les seconds* »<sup>25</sup>. Cependant, elle est depuis plus de trente ans, presque exclusivement considérée comme une « menace », de nombreux discours officiels martelant que la

<sup>18</sup> CNCNDH 23 juin 2011, *Avis sur les mouvements migratoires liés aux « printemps arabes »*, en ligne sur : [www.cncndh.fr](http://www.cncndh.fr).

<sup>19</sup> Voir l'appel au Président de la République du 11 septembre 2013 s'intitulant « *La France doit accueillir les réfugiés syriens !* » signé par La Cimade, Le Secours Catholique-Caritas France, Le Secours Islamique France, Amnesty International, le CCDF-Terre Solidaire, Emmaüs France et Médecins du Monde.

<sup>20</sup> CNCNDH 12 février 2015, *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*, en ligne sur : [www.cncndh.fr](http://www.cncndh.fr).

<sup>21</sup> CNCNDH 20 novembre 2014, *Avis sur le respect des droits fondamentaux des populations vivant en bidonvilles*, JORF n° 0034 du 10 février 2015, texte n° 92, §§ 8-14.

<sup>22</sup> C. Wihtol de Wenden, *Le droit d'émigrer*, op. cit., p. 43.

<sup>23</sup> Voir X. Chojnicki, « Idées reçues sur l'immigration : une lecture économique », *Humanitaire* 2012, n° 33 ; X. Chojnicki et L. Ragot, *On entend dire que ... L'immigration coûte cher à la France. Qu'en pensent les économistes ?*, Éditions Eyrolles-Les Échos, 2012 ; M. Domingues Dos Santos, « Besoins en main-d'œuvre et immigration », *Les cahiers français* n° 385 (2015), pp. 9-13 ; F. Héran (dir.), *Immigration, marché du travail et intégration*, La documentation française 2002 ; B. Keeley, *Les migrations internationales. Le visage humain de la mondialisation*, OCDE 2009 ; S. Laacher, *Ce qu'immigrer veut dire. Idées reçues sur l'immigration*, Le cavalier bleu 2012, pp. 59-68, pp. 69-76 et pp. 171-177. ; A. Math, « Droit de circuler et protection sociale », in : GISTI (dir.), *Liberté de circulation. Un droit, quelles politiques ?*, Paris 2010, pp. 90-97 ; C. Saint-Paul (dir.), *Immigration, qualifications et marché du travail. Rapport du CAE*, La documentation française 2009.

<sup>24</sup> C. Adam, J.-F. Cauchie, M.-S. Devresse, F. Digneffe, D. Kaminski, *Crime, justice et lieux communs. Une introduction à la criminologie*, Larcier 2014, pp. 103-115 ; B. Bell, S. Machin et F. Fasani, « Crime ans Immigration : Evidence from Large Immigrant Waves », *IZA Discussions Papers* n° 4996, juin 2010 ; D. Bigo, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? », *Cultures & Conflits* n° 31-32 (1998), § 4 ; F. Brion (dir.), *Mon délit ? Mon origine : criminalité et criminalisation de l'immigration (politique & histoire)*, De Boeck 2000 ; La Cimade, *Rapport d'observation. Etrangers en prison. A l'ombre du droit. Analyses et propositions pour mettre fin aux discriminations*, 2012, pp. 5-7 ; L. Mucchielli (dir.), « Délinquance et immigration : le sociologue face au sens commun », *Revue Hommes et migrations* n° 1241, janvier-février 2003 (mis à jour le : 05/03/2008, <http://www.hommes-et-migrations.fr/index.php?/numeros/incrimines-discrimines/1618-Delinquance-et-immigration-le-sociologue-face-au-sens-commun>) ; L. Mucchielli, « Immigration et délinquance : réalités, amalgames et racismes », in : GISTI (dir.), *Immigration : un régime pénal d'exception*, Paris 2012 ; L. Mucchielli, « Délinquance et immigration : des préjugés à l'analyse », *L'Essor* n° 457, mai 2013, pp. 16-17 ; E. Savona, *Migration and crime*, University of Trente 1997 ; C. Wihtol de Wenden, *La question migratoire au XXIème siècle*, op. cit., pp. 64-75.

<sup>25</sup> L. Bouvet, op. cit., pp. 161-162.

fermeture des frontières et la répression sont la seule politique possible<sup>26</sup>. Cette pensée unique est si prégnante, du fait notamment des enjeux électoraux et de la progression des extrémismes<sup>27</sup>, que toute autre approche du phénomène migratoire est considérée comme irréaliste, utopique, voire fantasque. Pourtant, dans un monde où les distances se franchissent facilement, où le fossé entre les pays riches et les pays pauvres est énorme, où les guerres et les persécutions chassent de chez elles des populations entières, ne faut-il pas considérer les migrations comme une donnée inéluctable<sup>28</sup>, tout en insistant sur leurs aspects positifs ? Pour la CNCDH, il convient de réfléchir davantage à la manière dont il faut se préparer à accueillir les migrants, plutôt que se demander comment endiguer les flux migratoires. Le débat démocratique s'enrichirait à prendre en compte la valorisation de la mobilité comme un facteur essentiel du développement humain<sup>29</sup>, ou encore la consécration de la liberté de circulation<sup>30</sup>, voire la reconnaissance d'un droit d'entrée sur le territoire<sup>31</sup>.

5. Au regard de ce qui précède, la CNCDH ne peut que réitérer son engagement en faveur d'une politique généreuse à l'égard des étrangers, c'est-à-dire d'une politique d'accueil digne de ce nom fondée sur le respect des droits et libertés fondamentaux. A cet égard, plusieurs dispositions du projet de loi comportent un certain nombre d'avancées. Ainsi en est-il :

- de la consécration du principe de la pluri-annualité de la carte de séjour (articles 3 et suivants du projet de loi) ;
- de la suppression des « pré-contrats d'accueil et d'intégration » et des « contrats d'accueil et d'intégration famille » à destination des familles bénéficiant du regroupement familial (article 13 du projet de loi qui abroge l'article L. 311-9-1 du CESEDA)<sup>32</sup> ;
- de l'affirmation du caractère subsidiaire du placement en rétention administrative (articles 19 et suivants du projet de loi) ;
- de la possibilité de prorogation du délai de retour volontaire (article 14 du projet de loi) ;
- de la réintroduction de la condition d'effectivité de l'accès à un traitement approprié dans le pays de renvoi pour justifier le refus de délivrance d'un titre de séjour aux étrangers malades (article 10 du projet de loi) ;
- de la possibilité pour les journalistes d'accéder aux zones d'attente et aux lieux de rétention administrative (article 23 du projet de loi).

6. Toutefois, le projet de loi devrait être amélioré dans le sens d'une meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux. A ce propos, la CNCDH se montre, une nouvelle fois, très préoccupée par la complexification croissante du CESEDA<sup>33</sup>. Il en résulte un droit

---

<sup>26</sup> Dans ce sens D. Lochak, *Face aux migrants : Etat de droit ou état de siège ?*, Textuel 2007, pp. 108-109 ; Amnesty International, *Rapport annuel 2013*, mai 2013, *Avant-propos*. Voir également E. Aubin, *droit des étrangers*, *op. cit.*, n° 20 à 22, pp. 38-41 qui, à propos du droit des étrangers, évoque « un droit inconstant prisonnier de ses obsessions sécuritaires ».

Sur l'impulsion européenne de cette politique sécuritaire, voir F. Jault-Seséke, S. Corneloup et S. Barbou des Places, *op. cit.*, n° 293 à 295, pp. 242-244.

<sup>27</sup> Voir P. Muzny (dir.), *Les démocraties face à l'extrémisme*, Institut Universitaire Varenne 2014.

<sup>28</sup> Dans ce sens D. Lochak, *Face aux migrants : Etat de droit ou état de siège ?*, *op. cit.*, p. 109 ; S. Laacher, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>29</sup> Programme des Nations unies pour le développement (PNUD), *Lever les barrières : mobilité et développement humain*, 2009.

<sup>30</sup> Voir GISTI (dir.), *Liberté de circulation*, *op. cit.*

<sup>31</sup> C. Wihtol de Wenden, *Le droit d'émigrer*, *op. cit.*, pp. 22-29.

<sup>32</sup> Voir CNCDH 20 septembre 2007, *Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, en ligne sur : [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr), qui avait exprimé ses plus vives réserves quant à ces deux types de contrats d'accueil et d'intégration.

<sup>33</sup> Voir déjà CNCDH 22 janvier 2004, *Avis sur le projet de décret relatif à l'OFPRA et à la CRR*, en ligne sur : [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr) ; CNCDH 20 septembre 2007, *Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de*

extrêmement touffu et peu lisible, auquel, à l'exception de spécialistes, seules quelques personnes, et certainement pas les principaux intéressés, ont la possibilité d'accéder. A titre d'exemple, la multiplication des délais de recours et de jugement en matière d'obligation de quitter le territoire français (article 14 du projet de loi) nuit considérablement à l'intelligibilité des nouvelles dispositions. En outre, la CNCDH relève que la technique du renvoi législatif est employée de manière récurrente, rendant la lecture et la compréhension du projet de loi peu aisée, tant pour les juristes que pour les non-juristes, qui doivent se référer simultanément à plusieurs textes. L'accessibilité et la prévisibilité de la loi, c'est-à-dire sa qualité, sont mises à mal. Le travail des praticiens en est rendu d'autant plus difficile.

7. Plus fondamentalement, l'inflation législative<sup>34</sup> (16 réformes depuis 1980<sup>35</sup>) nuit à la qualité de la loi en entravant toute réflexion d'ensemble des pouvoirs publics pour asseoir durablement la matière du droit des étrangers sur des fondements qui la mettraient à l'abri des turbulences réformatrices<sup>36</sup>. Au surplus, l'élaboration à un rythme effréné de projets de loi ne permet pas une évaluation complète et rigoureuse du droit en vigueur, de manière à ce que soit dressé un bilan de la pertinence et de l'efficacité des mesures existantes<sup>37</sup>. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, ces textes doivent en effet être accompagnés d'une étude dite d'impact « *définiss[ant] les objectifs poursuivis par le projet de loi, recens[ant] les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et expos[ant] les motifs du recours à une nouvelle législation* »<sup>38</sup>. La CNCDH insiste sur l'importance qu'elle attache à cette évaluation en relevant la pauvreté de l'*Etude d'impact* accompagnant le projet de loi. Ce document qui ne comprend que peu d'éléments chiffrés, n'aborde jamais les incidences des nouvelles mesures sur l'organisation et le fonctionnement des juridictions administratives et judiciaires<sup>39</sup>, alors pourtant que le contentieux des étrangers est un contentieux de masse<sup>40</sup> très sensible en matière de protection des libertés. Pour la CNCDH, il aurait été souhaitable que le présent projet soit préparé en étroite collaboration avec le ministre de la Justice, voire porté conjointement par les deux ministères. Afin de favoriser une approche globale des questions migratoires, il aurait également été souhaitable d'associer le ministère des affaires sociales et de la santé et des droits des femmes, le ministère des outre-mer, ainsi que le ministère du travail de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social.
8. Au-delà de ces questions liminaires relatives à la qualité de la loi et de son élaboration, la CNCDH rappelle que les étrangers doivent bénéficier de droits et libertés fondamentaux non pas « *théoriques et illusoire*s », comme le relève la Cour européenne

---

*l'immigration à l'intégration et à l'asile*, en ligne sur : [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr) ; CNCDH 28 novembre 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun*, JORF n° 287 du 11 décembre 2013, texte n° 82.

<sup>34</sup> Voir V. Tchen, « Les défis juridique de l'immigration zéro », *Cahiers français* n° 385 (2015), p. 56, qui précise justement que le Conseil constitutionnel n'a jamais contesté cette fièvre réformatrice au motif que la Constitution n'assurait pas « *aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* » et que « *l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne (pouvait) être tirée de la comparaison entre les dispositions des lois successives* » (Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC).

<sup>35</sup> Voir E. Aubin, *Droit des étrangers*, op. cit., n° 160 à 164, pp. 163-165.

<sup>36</sup> Dans ce sens V. Tchen, « Etrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *Dr. administratif* n° 8 (août 2011), Etude n° 17.

<sup>37</sup> CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, en ligne sur : [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr)

<sup>38</sup> Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 *relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*.

<sup>39</sup> Pour un constat identique, voir Union Syndicale des Magistrats, *Observations de l'USM. Projet de loi relatif au droit des étrangers en France*, Paris, le 26 novembre 2014, p. 1 ; A. Baux (Présidente de l'USMA), *Audition du 5 février 2015* ; J. Domenach, *Audition du 15 décembre 2014*.

<sup>40</sup> Voir O. Lecucq, « Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face », *AJDA* 2012, p. 1210 ; V. Tchen, « Préface », in : D. Seguin, *Guide 2013 du contentieux du droit des étrangers*, Lexis Nexis 2012, p. IX.

des droits de l'homme, mais « *concrets et effectifs* »<sup>41</sup>. Elle formulera dans ce sens des recommandations portant sur :

- l'accueil et le séjour des étrangers (I.) ;
- l'éloignement des étrangers (II.) ;
- les mesures privatives de liberté (III.) ;
- l'outre-mer (IV.).

## I. L'ACCUEIL ET LE SEJOUR

### A. DEFINIR UNE POLITIQUE D'ACCUEIL DIGNE DE CE NOM

9. A titre liminaire, il convient de rappeler que depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, le contrat d'accueil et d'intégration (CAI) est un élément pris en compte dans la décision de renouvellement du titre de séjour, au titre de l'appréciation de l'intégration de l'étranger antérieurement admis au séjour (article L. 311-9 du CESEDA). L'article 11 du projet de loi ne modifie pas cet aspect du dispositif d'accueil et d'intégration, dès lors que l'accès à la carte pluriannuelle bénéficie à tout étranger qui :
- justifie de son assiduité et du sérieux de sa participation aux formations prescrites par l'Etat ;
  - n'a pas manifesté de rejet des valeurs de la République (article L. 313-17 nouveau du CESEDA).
10. Ainsi conçu, le CAI est avant tout destiné à la maîtrise des flux migratoires<sup>42</sup>. Il s'agit d'un « *sas à travers lequel s'opère le passage de l'immigration subie à l'immigration choisie* »<sup>43</sup>. Pour autant, un récent rapport conjoint de l'IGAS et de l'IGA établit qu'en pratique, les cas de non-renouvellement du titre de séjour sont liés à d'autres critères (rupture de vie commune, titre de séjour expiré, etc.) que le non-respect des stipulations du CAI, qui n'a jamais, en tant que tel, donné lieu au refus de délivrance d'un titre de séjour<sup>44</sup>. En bref, l'articulation voulue entre le respect du CAI et le droit au séjour ne fonctionne pas. Ce constat est d'autant plus navrant que la mise en œuvre du dispositif est extrêmement coûteuse<sup>45</sup> : les diverses formations dispensées au titre de l'intégration ont engendré en 2013 une dépense de près de 50 millions d'euros (source DGEF)<sup>46</sup> !
11. D'emblée, cette situation conduit la CNCDH à se poser la question de la pertinence de l'utilisation de la notion de « *contrat* » pour qualifier juridiquement le CAI : « *contrairement à ce que son intitulé suggère, il ne produit aucun effet de droit à l'égard des co-contractants que sont l'étranger et l'administration : le sérieux dans le suivi de la formation n'entraîne aucun droit opposable à l'administration, pas plus que le non-respect par l'étranger des dispositions de ce « contrat » ne permet en pratique à l'administration de justifier un refus de titre de séjour* »<sup>47</sup>. En outre le Conseil d'Etat relève que « *conçu au départ comme un contrat d'information, facultatif ou volontaire,*

<sup>41</sup> Cour EDH 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 25.

<sup>42</sup> Dans ce sens C. Calame, « L'intégration, instrument de pression et de discrimination », in : C. Rodier et E. Terray (dir.), *op. cit.*, p. 56.

<sup>43</sup> D. Lochak, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits* n° 64 (2006), n° 51.

<sup>44</sup> IGA/IGAS, *Rapport conjoint sur l'évaluation de la politique d'accueil des étrangers primo-arrivants*, Octobre 2013.

<sup>45</sup> Sénat, *PLF pour 2015 : Immigration, intégration et nationalité. Avis n° 114 (2014-2015) de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois*, Paris le 20 novembre 2014, pp. 18-19.

<sup>46</sup> 49 520 476 euros (source DGEF)

<sup>47</sup> Sénat, *PLF pour 2015 : Immigration, intégration et nationalité. Avis n° 114 (2014-2015) de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la Commission des lois, op. cit.*, p. 17.

*il (le CAI) est rapidement devenu obligatoire et fonctionne désormais comme un contrat déséquilibré dans ses obligations, comme un contrat injonction à l'égard des étrangers ou comme un contrat allégeance pour reprendre la terminologie du professeur Alain Supiot. Ce type de contrat, éventuellement assimilable à un contrat d'adhésion, s'apparente fortement à un acte unilatéral »<sup>48</sup>. L'emploi du terme « contrat » étant totalement inapproprié en la matière, la CNCDH recommande une nouvelle fois que les mesures relatives à l'accueil et à l'intégration soient prises dans le respect du droit des personnes avec le souci de favoriser au maximum l'accompagnement plutôt que la contrainte<sup>49</sup>. Maintenir le caractère obligatoire du CAI, en conditionnant parallèlement la délivrance d'une carte pluriannuelle à l'intégration dans la société française, suscite également les réserves de la CNCDH, dès lors que seuls les préfets et les maires auront la responsabilité de l'appréciation de la condition d'intégration, qui dépendra de la preuve de l'assiduité et du sérieux de l'étranger dans le suivi des formations dispensées par l'Etat. A cela s'ajoute la possibilité pour l'administration de refuser la délivrance d'une carte pluriannuelle sur le fondement d'un critère extrêmement vague et dont l'appréciation ne présente aucune garantie d'objectivité : la manifestation du rejet par l'étranger des valeurs de la République. Il y a là un risque non négligeable de subjectivité, voire d'arbitraire, préjudiciable à l'appréciation impartiale d'une condition pourtant présentée comme indispensable à l'intégration et donc à l'obtention d'un titre de séjour.*

12. Ces risques sont d'autant plus à prendre au sérieux que l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi, modifiant l'article L. 311-9 du CESEDA, dispose que l'Etat conclut avec l'étranger « *un contrat d'accueil personnalisé fixant le parcours d'accueil et d'intégration* ». Cette idée d'un contrat « personnalisé » est un aspect positif du projet de loi car elle est destinée à mettre fin à la trop grande standardisation des prestations proposées dans le cadre de l'actuel CAI<sup>50</sup>. Cependant, les nouvelles dispositions prévoient, sans davantage de précisions, que l'étranger pourra être contraint à « *effectuer des démarches d'accès aux services publics de proximité suivant l'orientation personnalisée définie par l'Etat* ». L'*Etude d'impact* est malheureusement silencieuse à ce sujet et la CNCDH craint fortement que ces démarches dites individualisées ne résident en fin de compte dans une liste de formalités obligatoires à accomplir sans contenu réel au regard de la situation concrète de chaque étranger<sup>51</sup>. Elle recommande donc une amélioration du texte sur ce point et que les décrets d'application à venir encadrent strictement la définition des démarches personnalisées à accomplir, ainsi que les modalités de leur contrôle. A défaut, la subjectivité et l'arbitraire triompheront dans un domaine où l'objectivité et l'impartialité ne peuvent souffrir aucune atteinte, la plus minime soit-elle.
13. Quant à l'étranger, il devra, en vertu des nouvelles dispositions, justifier d'une assiduité aux formations prescrites par l'Etat (formation civique et formation linguistique). En pratique, les personnes concernées ne peuvent bien souvent pas suivre ces formations, non par mauvaise volonté, mais en raison de leur emploi du temps (charges familiales,

---

<sup>48</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007 - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française 2008, p. 157. Voir également V. Tchen, *CESEDA commenté*, Litec 2014, Article L. 311-9, qui affirme que « *cette posture (le choix du terme « contrat ») est d'autant plus regrettable qu'elle intervient dans un domaine, celui de la police administrative, où le contrat est en tout état de cause strictement prohibé* ».

<sup>49</sup> CNCDH 1<sup>er</sup> juin 2006, *Avis sur le projet de loi sur l'immigration et l'intégration*, en ligne sur : [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr), § 17.

<sup>50</sup> IGA/IGAS, *Rapport conjoint sur l'évaluation de la politique d'accueil des étrangers primo-arrivants*, op. cit. ; Sénat, *PLF pour 2015 : Immigration, intégration et nationalité. Avis n° 114 (2014-2015) de M. François-Noël Buffet, fait au nom de la commission des lois*, op. cit., p. 18.

<sup>51</sup> Dans ce sens ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *Analyse du projet de loi relatif au droit des étrangers en France. Présenté en Conseil des ministres et déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 23 juillet 2014*, Paris 2015, p. 10.

travail, etc.)<sup>52</sup>. Dans ces conditions, la CNCDH recommande que l'appréciation de l'assiduité aux formations se fasse au regard de la situation concrète de chaque étranger sollicitant un titre de séjour. Pour ce qui est de l'exigence de connaissance de la langue française, elle est démesurée pour beaucoup, par exemple les personnes âgées analphabètes ayant des attaches en France<sup>53</sup>. Par conséquent, la CNCDH recommande *a minima* de prévoir des exceptions, notamment pour les personnes de plus de 65 ans. Elle s'inquiète également de savoir qui sera chargé de s'assurer de la connaissance suffisante de la langue française.

14. Enfin et plus fondamentalement, le coût exorbitant et l'efficacité très relative du CAI conduisent la CNCDH à s'interroger sur la pertinence de ce dispositif et, au-delà, sur la nécessité d'une politique rompant avec les trente dernières années d'errements répressifs marqués par « l'obsédante » maîtrise des flux migratoires<sup>54</sup>. En effet, l'étranger doit aujourd'hui prouver qu'il est intégré pour obtenir un droit au séjour stable, alors qu'une politique d'accueil digne de ce nom imposerait, au contraire, de considérer la stabilité du séjour comme un facteur favorisant l'intégration<sup>55</sup>. Pour la CNCDH, il est urgent d'engager une réflexion dans ce sens.

## B. CONSACRER UN VERITABLE DROIT AU SEJOUR

### 1. Simplifier et pérenniser le titre de séjour pluriannuel

15. Le projet de loi consacre de façon nouvelle le principe essentiel de la pluriannualité du titre de séjour (articles 11 et s.) suivant une idée directrice simple à première vue : au titre de séjour temporaire d'un an, succède la carte pluriannuelle de 4 ans, avant l'éventuelle délivrance d'une carte de résident de 10 ans. La CNCDH se félicite de ce que le principe de la pluriannualité du titre, qui donne aux étrangers une relative stabilité du séjour, soit posé.

Toutefois, la mise en œuvre du principe est lourdement affectée par les multiples exceptions apportées au schéma de base (notamment pour les étrangers malades, les étudiants ou la proche famille)<sup>56</sup>. Subsiste donc une kyrielle de régimes spécifiques moins favorables, ce qui rend le dispositif décliné dans le projet de loi très complexe<sup>57</sup>. La catégorisation extrême des titres de séjour qui en découle est, à n'en pas douter, un instrument de ventilation des flux migratoires en fonction d'objectifs politiques<sup>58</sup>. Pour la CNCDH, il est bien dommage que le Gouvernement persiste dans cette logique, alors même que le rapport Fekl invitait à renoncer à une telle approche catégorielle<sup>59</sup>, afin d'empêcher la précarisation administrative, familiale, sociale et économique des étrangers<sup>60</sup>.

---

<sup>52</sup> D. Liger (SAF) et V. Rochiccioli (SAF), *Audition du 22 janvier 2015*. Voir également ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, p. 10.

<sup>53</sup> Dans ce sens D. Liger (SAF) et V. Rochiccioli (SAF), *Audition du 22 janvier 2015* ; H. Guillou (SJA), *Audition du 6 janvier 2015*.

<sup>54</sup> D. Lochak, « Politique d'immigration : de la fermeture à la sélection, trente ans d'errements », in : C. Rodier et E. Terray, *op. cit.*, pp. 11-18.

<sup>55</sup> Dans ce sens ADDE, ANAFE, FASTI, GISTI, La Cimade, LDH, collectif MOM, SAF et Syndicat de la Magistrature, *Analyse collective. Projet de loi relatif au droit des étrangers en France. Analyse collective*, février 2015, p. 2. Voir également D. Lochak, « L'intégration comme injonction... », *op. cit.*, n° 50.

<sup>56</sup> Dans ce sens ADDE, ANAFE, FASTI, GISTI, La Cimade, LDH, collectif MOM, SAF et Syndicat de la Magistrature, *Analyse collective, op. cit.*, p. 3.

<sup>57</sup> Toute la complexité du dispositif est résumée dans le tableau n° 9 figurant en p. 30 de l'*Etude d'impact*.

<sup>58</sup> Collectif « Français-es / Etranger-e-s. Pour l'égalité des droits », *Une seule vie, un seul titre de séjour*, L'Harmattan 2014, p. 25.

<sup>59</sup> M. Fekl, *op. cit.*, pp. 10-24.

<sup>60</sup> Voir ADDE, ANAFE, FASTI, GISTI, La Cimade, LDH, collectif MOM, SAF et Syndicat de la Magistrature, *Analyse collective, op. cit.*, p. 3, qui estiment que le projet de loi ne règle pas le problème de la précarisation du séjour.



16. De plus, le projet de loi n'organise ni l'automatisme de la délivrance d'une carte de résident de 10 ans ni le renouvellement du titre pluriannuel de 4 ans. En pratique, l'administration pourra donc très bien délivrer un nouveau titre d'un an à l'issue des quatre années de séjour régulier, ce qui serait de nature à précariser la situation des intéressés. D'ailleurs, l'article 11 du projet de loi prévoit que l'étranger qui sollicite le renouvellement d'une carte de séjour pluriannuelle « *en faisant valoir un autre motif que celui sur lequel est fondé la carte de séjour dont il était titulaire bénéficie d'une carte de séjour temporaire d'une durée d'un an lorsque les conditions de délivrance de cette carte sont remplies. A l'expiration de la durée de validité de cette carte de séjour temporaire et s'il continue à en remplir les conditions de délivrance, il bénéficie à sa demande d'une carte de séjour pluriannuelle portant la même mention* » (article L. 313-19 nouveau du CESEDA). Aussi, les nouvelles dispositions ne garantissent-elles pas au profit de l'étranger un véritable droit au changement de statut, à l'exception du cas très spécifique des étudiants titulaires d'un master, dont le régime est un peu plus favorable (article 5 du projet de loi<sup>61</sup>). La CNCDH recommande la rédaction d'une disposition générale permettant à l'étranger de changer de statut, dès lors qu'il remplit les conditions d'un nouveau statut, sans exiger la délivrance préalable d'un nouveau titre temporaire précarisant sa situation<sup>62</sup>.
17. Au regard de ce qui précède, l'examen des nouvelles dispositions montre que le projet de loi est guidé par l'idée récurrente et contestable d'une gestion des flux migratoires par la précarisation du séjour<sup>63</sup>. Après trente ans de répression<sup>64</sup> et de mise en œuvre de politiques coûteuses<sup>65</sup> dont l'efficacité reste encore à démontrer<sup>66</sup>, ne faut-il pas aujourd'hui plutôt se demander s'il n'est pas urgent :
- de supprimer les catégories spécifiques de titres de séjour et de réfléchir à une unification des différents régimes (un « *choc de simplification* ») ;
  - de considérer la pérennité du titre de séjour pluriannuel comme le préalable à l'intégration et non plus comme la récompense de celle-ci (un « *choc idéologique* »).

---

<sup>61</sup> Article L. 311-11 nouveau du CESEDA : « *Une autorisation provisoire de séjour d'une durée de validité de douze mois non renouvelable est délivrée à l'étranger ayant obtenu, dans un établissement d'enseignement supérieur habilité au plan national, un diplôme au moins équivalent au master et qui :*

*1° Soit entend compléter sa formation par une première expérience professionnelle, sans limitation à un seul emploi ou à un seul employeur. Pendant la durée de cette autorisation, son titulaire est autorisé à chercher et à exercer un emploi en relation avec sa formation et assorti d'une rémunération supérieure à un seuil déterminé par décret.*

*À l'issue de cette période de douze mois, l'intéressé pourvu d'un emploi ou d'une promesse d'embauche satisfaisant aux conditions énoncées ci-dessus, est autorisé à séjourner en France sous couvert de la carte de séjour pluriannuelle mentionnée aux 1°, 2°, 4° ou 8° de l'article L. 313-20 ou de la carte de séjour temporaire mentionnée aux 1° et 2° de l'article L. 313-10, sans que lui soit opposée la situation de l'emploi ;*

*2° Soit justifie d'un projet de création d'entreprise dans un domaine correspondant à sa formation ;*

*À l'issue de cette période de douze mois, l'intéressé justifiant de la création et du caractère viable d'une entreprise répondant à la condition énoncée ci-dessus, est autorisé à séjourner en France sous couvert de la carte de séjour pluriannuelle mentionnée au 5° de l'article L. 313-20 ou de la carte de séjour temporaire mentionnée au 3° de l'article L. 313-10 ».*

<sup>62</sup> Dans ce sens D. Liger (SAF) et V. Rochiccioli (SAF), *Audition du 22 janvier 2015*.

<sup>63</sup> Pour une étude statistique récente, voir A. Math et A. Spire, « Précarisation : la preuve par les chiffres », *Plein droit* n° 102 (octobre 2014), pp. 34-38.

<sup>64</sup> D. Lochak, « Politique d'immigration : de la fermeture à la sélection, trente ans d'errements », *op. cit.*, p. 11.

<sup>65</sup> C. Fouteau, « Combien ça coûte, combien ça rapporte ? », in : C. Rodier et E. Terray (dir.), *op. cit.*, pp. 35-41, qui estime à 700 000 millions d'euros par an le coût de l'ensemble de la chaîne allant de l'arrestation à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière.

<sup>66</sup> Voir C. Balleix, *La politique migratoire de l'Union européenne*, La documentation française 2013 ; C. Balleix, « Quels défis pour la politique migratoire européenne ? », *Cahiers français* n° 385 (2015), pp. 63-69.

18. Pour la CNCDH, seul un titre de séjour pérenne et sécurisé permettrait aux étrangers d'accomplir, dans de bonnes conditions, les actes usuels de la vie courante (signer un contrat de prêt ou un contrat de bail, procéder à l'inscription scolaire des enfants, etc.), préalables nécessaires à une intégration réussie<sup>67</sup>. Précariser le séjour peut donc avoir pour conséquence de porter une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la CESDH<sup>68</sup> et à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette situation entrave en outre l'accès à une formation ou à un emploi. En cas d'incertitude sur le séjour de l'étranger, un employeur peut renoncer à signer un contrat de travail, ce qui pourrait, le cas échéant, constituer une discrimination à l'emploi susceptible de violer l'article 14 de la CESDH<sup>69</sup> et la Charte sociale européenne (article E partie V.). En conséquence, la CNCDH recommande d'initier une réflexion sur le retour au principe de la délivrance d'une carte de résident de plein droit d'une durée de 10 ans, tel qu'il avait été introduit par la loi du 17 juillet 1984<sup>70</sup>.

## 2. Mettre fin à l'extrême catégorisation des titres de séjour et à leurs conséquences discriminatoires

a) Revoir les dérogations relatives aux conjoints de Français et aux parents d'enfants français

19. L'article 11 du projet de loi réduit - après la première délivrance d'un titre de séjour d'un an - à deux ans la durée de validité du titre pluriannuel pour les étrangers mariés avec un ressortissant français et pour les étrangers parents d'enfants français<sup>71</sup>. La durée de quatre ans est donc écartée pour ces catégories emblématiques<sup>72</sup>. Le nouveau régime leur est d'autant plus défavorable que le projet de loi n'organise aucune automaticité du passage à la carte de résident de 10 ans à l'issue des deux ans de validité du titre pluriannuel. Les statistiques font au demeurant apparaître que trop peu de cartes de résident sont à ce jour délivrées à ces catégories d'étrangers<sup>73</sup>.

20. Pour la CNCDH, cela montre que les personnes visées par le nouveau texte sont, une fois de plus, regardées avec suspicion par le législateur<sup>74</sup> qui présume, sans fondement, la prolifération des mariages et filiations de complaisance<sup>75</sup>. En effet, ni l'exposé des motifs

<sup>67</sup> Dans ce sens K. Parrot (GISTI), *Audition du 6 novembre 2014*. Voir également GISTI, *Précarisation du séjour, régression des droits fondamentaux*, Journée d'étude du 1<sup>er</sup> décembre 2014.

<sup>68</sup> Dans ce sens V. Tchen, « Les défis juridiques de l'immigration zéro », *op. cit.*, pp. 59-60.

La Cour européenne des droits de l'homme a au demeurant jugé à plusieurs reprises que les étrangers sont bénéficiaires du droit au respect de la vie privée et familiale consacré à l'article 8 de la CESDH (Cour EDH 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales & Balkandali c. Royaume-Uni*, Série A n° 94 ; Cour EDH 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, Série A n° 234).

<sup>69</sup> GISTI, *Précarisation du séjour, régression des droits fondamentaux*, *op. cit.*

<sup>70</sup> Dans ce sens Collectif « Français-es / Etranger-e-s. Pour l'égalité des droits », *Une seule vie, un seul titre de séjour*, *op. cit.* ; GISTI, « Dossier spécial : De plein droit », *Plein droit* n° 100 (mars 2014), pp. 4-30. ; ADDE, ANAFE, FASTI, GISTI, La Cimade, LDH, collectif MOM, SAF et Syndicat de la Magistrature, *Analyse collective*, *op. cit.*, p. 3.

Voir également la campagne « Rendez-nous la carte de résident ! », [www.cartederésident.org](http://www.cartederésident.org).

<sup>71</sup> Article L. 313-18 nouveau du CESEDA : « La carte de séjour pluriannuelle a une durée de validité de quatre ans, sauf lorsqu'elle est délivrée : (...) 2° Aux étrangers visés aux 4°, 6° et 7° de l'article L. 313-11. Sa durée est de deux ans ».

<sup>72</sup> Voir V. Tchen, « Les défis juridiques de l'immigration zéro », *op. cit.*, p. 57, qui précise que l'immigration familiale représente 45 % des flux migratoires en 2013 (990 254 étrangers séjournaient sous ce couvert au 1<sup>er</sup> janvier 2014).

<sup>73</sup> En 2010, 2011 et 2012, moins de 1500 cartes de résident « Famille de Français » ont été délivrées. Cette rubrique inclut les conjoints de Français, les parents d'enfants français, ainsi que les enfants étrangers d'un ressortissant français ou à charge de Français et les ascendants à charge d'un Français ou de son conjoint (voir Comité interministériel de contrôle de l'immigration (CICI), *Les étrangers en France. Rapport 2012. Dixième rapport établi en application de l'article L. 111-10 du CESEDA*, 2013, p. 52).

<sup>74</sup> D. Lochak, « L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration », in : GISTI (dir.), *Figures de l'étranger. Quelles représentations pour quelles politiques ?*, Paris 2013, pp. 40-44.

<sup>75</sup> Dans ce sens ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, p. 16.

du projet de loi ni l'*Etude d'impact* ne fournissent des éléments tangibles d'explication justifiant la pertinence des nouvelles dispositions dérogatoires. En l'absence de critères objectifs justifiant la différence de traitement des conjoints étrangers de Français et des parents d'enfants français, la CNCDH estime qu'il y a discrimination. De plus, la précarisation du séjour découlant du traitement défavorable imposé à ces catégories d'étrangers est de nature à porter une atteinte disproportionnée à leur droit de mener une vie familiale normale et à leur vie privée. Par conséquent, la CNCDH y voit notamment une violation potentielle des articles 8 et 14 de la CESDH.

21. Enfin, la CNCDH regrette, en ce qui concerne les conjoints de Français, qu'aucune des recommandations faites au gouvernement par le Défenseur des droits<sup>76</sup> n'ait été reprise dans le projet de loi, à savoir :

- le rétablissement de la délivrance de plein droit de la carte de résident après deux années de mariage ;
- la suppression de l'exigence de visa long séjour ;
- le renouvellement de plein droit du titre de séjour aux personnes victimes de violence (y compris sans ordonnance de protection) ;
- l'exonération de toute taxe lors de la délivrance et du renouvellement du titre de séjour.

b) Revoir les dérogations relatives aux étrangers malades

22. L'article 10 du projet de loi prévoit de modifier l'article L. 313-11, 11° du CESEDA octroyant le bénéfice d'une carte de séjour temporaire pour soins : « *À l'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié. La condition prévue à l'article L. 313-2 n'est pas exigée. La décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative après avis d'un collège de médecins du service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. L'Office accomplit cette mission dans le respect des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé. Chaque année, un rapport présente au Parlement l'activité réalisée au titre du présent article par le service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration ainsi que les données générales en matière de santé publique recueillies dans ce cadre* ». A ce propos, la CNCDH se doit de saluer la réintroduction de la notion d'effectivité dans l'appréciation à donner du bénéfice d'un traitement approprié dans le pays d'origine<sup>77</sup>.

Toutefois, elle exprime ses plus vives réserves à l'égard du transfert à l'OFII de l'évaluation médicale avant la décision relative à la délivrance de la carte<sup>78</sup>. La CNCDH estime en effet que l'apparence d'indépendance et d'impartialité est mise à mal lorsque l'évaluation médicale est réalisée par un collège de médecins dépendant d'un office placé sous la tutelle du même ministère que l'autorité administrative chargée de la

<sup>76</sup> DDD 9 avril 2014, *Décision n°MLD-2014-071*.

<sup>77</sup> Dans ce sens voir déjà CE 7 avril 2010, n° 301640 et n° 316625, qui estimait, avant l'entrée en vigueur de la loi Besson de 2011, qu'il faut apprécier si l'impossibilité d'accéder de manière effective à l'offre de soins est due à l'absence « *pour la généralité de la population* » d'y avoir accès, « *eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés* », ou alors due à « *des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de la situation personnelle* » de l'étranger.

<sup>78</sup> Dans ce sens Observatoire du droit à la santé des étrangers, *Les personnes étrangères malades et leurs proches ont le droit de vivre dignement en France*, janvier 2015 ; M. Casanova (Droits d'Urgence) et A. Moreau (Droits d'Urgence), *Audition du 13 janvier 2015*.

délivrance de la carte de séjour<sup>79</sup>, l'obligation pour l'OFII de respecter les orientations générales fixées par le ministère de la santé n'apparaissant pas très contraignante. Cette situation est d'autant plus problématique que :

- le ministère en question est le ministère de l'intérieur en charge de la gestion des flux migratoires et du contrôle des étrangers ;
- les missions de prévention et de protection de la santé doivent relever exclusivement du ministère de la santé<sup>80</sup> ;
- le principe déontologique « d'étanchéité » entre médecine de prévention et médecine de contrôle<sup>81</sup> est bafoué<sup>82</sup>.

23. Dans ces conditions, la CNCDH recommande de confier l'évaluation médicale à un collège de médecins dépendant exclusivement du ministère de la santé<sup>83</sup>. Cette évaluation doit au demeurant donner lieu à un avis motivé afin de faciliter le contrôle du juge administratif en cas de contentieux, les appréciations stéréotypées sous forme de croix étant à proscrire<sup>84</sup>.

24. Par ailleurs, le même article 11 du projet de loi aligne la durée de la carte de séjour sur celle des soins (article L. 313-18, 3° nouveau du CESEDA). Pourtant, la durée prévisible des soins, souvent aléatoire, est extrêmement difficile à évaluer, en particulier pour les maladies chroniques, les maladies incurables<sup>85</sup> et les pathologies psychiatriques lourdes<sup>86</sup>. Plus fondamentalement, la maladie n'est pas la seule raison du séjour : la majorité des personnes titulaires d'un titre de séjour pour soins ne vient pas en France pour y être soignée, la pathologie étant diagnostiquée alors que les personnes résident déjà sur le territoire français<sup>87</sup>. Dans ces conditions, il ne peut être raisonnablement considéré que la maladie soit la seule raison du séjour et il est, pour la CNCDH, totalement inapproprié de faire perdre le droit à la carte pluriannuelle, au motif que le séjour changerait de fondement du fait de l'existence d'une pathologie et de sa prise en charge médicale. En effet, la délivrance d'une carte de séjour spécifique, au lieu d'un titre pluriannuel, entraîne chez son titulaire 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 personne étrangère non malade placée dans une situation comparable qui détiendrait une carte pluriannuelle<sup>88</sup>. Pour les mêmes raisons que précédemment, la CNCDH estime qu'il peut y avoir à cet endroit discrimination et atteinte disproportionnée au droit des

---

<sup>79</sup> Il convient de relever que les médecins de l'OFII sont pour la plupart des vacataires et donc plus facilement soumis aux pressions de la hiérarchie et de l'administration de tutelle (A.-L. Denoeud (MDM / ODSE), L. Faron (La Cimade / ODSE) et A. Toullier (Aides / ODSE), *Audition du 6 janvier 2015*).

<sup>80</sup> Voir Haut Comité de la Santé Publique, *Rapport sur la santé en milieu carcéral*, Janvier 1993, p. 18, qui estimait inapproprié de confier des missions médicales relevant du ministère de la santé à l'administration pénitentiaire.

<sup>81</sup> Article 100 du code de déontologie médicale (article R. 4127-100 du code de la santé publique) : « *Un médecin exerçant la médecine de contrôle ne peut être à la fois médecin de prévention ou, sauf urgence, médecin traitant d'une même personne.*

*Cette interdiction s'étend aux membres de la famille du malade vivant avec lui et, si le médecin exerce au sein d'une collectivité, aux membres de celle-ci ».*

<sup>82</sup> C'est au regard de ce principe que l'IGA et l'IGAS déplorent en 2001 que l'organisation des soins en établissement pénitentiaire dépende de l'administration pénitentiaire et non du ministère de la santé (IGA / IGAS, *Rapport d'évaluation sur l'organisation des soins aux détenus*, Paris 2001).

<sup>83</sup> Cette option a d'ailleurs été retenue par une instruction ministérielle du 10 mars 2014 *sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pour raisons de santé* (NOR : AFS/P/14/05025/J), après constat, dans un rapport conjoint de l'IGAS et de l'IGA, d'une forte disparité régionale des avis individuels rendus par les médecins des ARS (IGAS / IGA, *Admission au séjour des étrangers malades. Rapport*, Paris, mars 2013).

<sup>84</sup> Dans ce sens H. Guillou (SJA), *Audition du 6 janvier 2015*.

<sup>85</sup> Observatoire du droit à la santé des étrangers, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>86</sup> M. Casanova (Droits d'Urgence) et A. Moreau (Droits d'Urgence), *Audition du 13 janvier 2015*.

<sup>87</sup> Observatoire du droit à la santé des étrangers, *op. cit.*, p. 6. Sur l'état de santé des étrangers et l'accès aux soins, voir COMEDE, *Migrants / étrangers en situation précaire. Guide pratique pour les professionnels*. Edition 2013.

<sup>88</sup> Voir dans ce sens DDD 19 avril 2012, *Décision n° MLD-2012-77*.

étrangers malades de mener une vie familiale normale et à leur vie privée (article 8 et 14 de la CESDH). Elle craint que l'extrême disparité des pratiques préfectorales<sup>89</sup> constatées à ce jour ne perdure et donc que cela n'accroisse l'importance de ces atteintes.

25. Enfin, la CNCDH relève deux lacunes dans le projet de loi. D'une part, les parents d'un enfant mineur malade ne peuvent bénéficier que d'une autorisation provisoire de séjour d'une durée maximale de six mois, sans autorisation de travail et délivrée à la discrétion du préfet (article L. 311-12 du CESEDA). Cependant, l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant), qui est d'autant plus primordial lorsque celui-ci est malade, commande de pérenniser le séjour des parents en leur permettant de subvenir aux besoins matériels de leur enfant, notamment en accédant à un emploi.

D'autre part, le projet de loi ne modifie pas l'article L. 313-11, 9° du CESEDA relatif à la protection du travailleur étranger en situation régulière ou irrégulière victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle<sup>90</sup>. Aux termes de ce texte, l'étranger ne bénéficie d'aucun titre de séjour entre le moment où il procède à la déclaration de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle et la date où son état de santé est consolidé par décision de la caisse primaire d'assurance maladie (caisse générale de sécurité sociale dans les outre-mer) avec un taux d'incapacité permanente égal ou supérieur à 20 %. Pour la CNCDH, aucune raison objective ne peut justifier ce traitement défavorable infligé à cette catégorie d'étranger. Elle recommande en conséquence de pérenniser leur séjour pendant ce délai<sup>91</sup>.

c) Mettre fin aux régressions concernant les étrangers pouvant prétendre à la délivrance d'une carte de séjour temporaire portant la mention « salarié »

26. L'article 9 du projet de loi reprend deux catégories de titres existant déjà dans le CESEDA : la carte de séjour temporaire portant la mention « salarié » et celle portant la mention « travailleur temporaire ». S'agissant de la première, un nouvel article L. 313-10 dispose : « *une carte de séjour temporaire d'une durée maximale d'un an, autorisant l'exercice d'une activité professionnelle est délivrée à l'étranger (...) pour l'exercice d'une activité salariée, sous couvert d'un contrat de travail à durée indéterminée, dans les conditions prévues par l'article L. 5221-2 du code du travail. Elle porte la mention salarié* ». Il convient de relever que cette carte peut, en l'état actuel du CESEDA, être également délivrée aux personnes titulaires d'un contrat à durée déterminée d'un an ou plus. Les nouvelles dispositions ne le prévoient plus, dès lors qu'elles visent les seuls contrats à durée indéterminée. Pour la CNCDH, cela a pour conséquence de précariser injustement la situation des étrangers titulaires d'un contrat à durée déterminée<sup>92</sup>. En effet, la signature d'un CDD ou d'un CDI ne dépend pas de facteurs maîtrisés par le salarié, mais plutôt des besoins propres et de la politique d'embauche de l'employeur. Dans ces conditions, la CNCDH recommande la suppression des nouvelles dispositions.

---

<sup>89</sup> Si la législation actuelle ne fait aucune distinction entre les personnes étrangères malades et les autres demandeurs d'une carte de résident, on observe néanmoins, en pratique, une application différenciée des textes. En effet, certaines préfectures refusent catégoriquement toutes les demandes formulées par les personnes étrangères titulaires d'une carte de séjour obtenue sur le fondement de l'article L. 313-11, 11° du CESEDA, quelle que soit l'ancienneté de leur séjour en France, leur parcours professionnel et/ou leur handicap, leur vie familiale, et ce, quand bien même la situation du demandeur répond en tout point aux critères prévus par la loi. Ces préfectures considèrent que le droit au séjour pour soins serait « par nature » temporaire et que les intéressés n'auraient « par nature » pas vocation à résider durablement en France.

<sup>90</sup> Article L. 313-11 9° du CESEDA : « *Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale" est délivrée de plein droit : (...) 9° A l'étranger titulaire d'une rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle servie par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 %, sans que la condition prévue à l'article L. 311-7 soit exigée* ».

<sup>91</sup> Dans ce sens Observatoire du droit à la santé des étrangers, *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>92</sup> Dans ce sens ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, p. 24.

27. Pour les mêmes raisons, la CNCDH est extrêmement réservée quant à l'article 11 du projet de loi qui permet la délivrance d'une carte pluriannuelle au moment du renouvellement d'une carte de séjour temporaire portant la mention « salarié », alors que cela est exclu pour le titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention « travailleur temporaire ». A cet égard, il convient de relever qu'en l'état actuel du projet de loi, les salariés titulaires d'un CDD ne peuvent prétendre qu'à la délivrance de cette dernière carte, dont le régime est nettement moins favorable que celui de la première.

### 3. Prohiber la surveillance permanente et généralisée des étrangers

a) Redéfinir les modalités du contrôle opéré par l'administration

28. L'article 8 du projet de loi prévoit d'intégrer dans le CESEDA un nouvel article L. 313-5-1<sup>93</sup> aux termes duquel l'étranger, titulaire d'une carte temporaire ou pluriannuelle, doit pouvoir justifier, à tout moment, qu'il continue de satisfaire aux conditions fixées pour la délivrance de sa carte et répondre, le cas échéant, aux contrôles et convocations de l'administration aux fins de vérifications, sous peine de retrait ou de refus de renouvellement du titre. Cet article 8 est à mettre en relation avec l'article 25 du projet de loi qui organise un droit de communication par le biais d'un accès généralisé des préfetures à toutes sortes d'informations et de fichiers dans le but de détecter d'éventuelles fraudes (article L. 611-12 nouveau du CESEDA<sup>94</sup>).

29. La CNCDH se doit d'exprimer ses plus vives réserves à l'égard de ces deux articles du projet de loi. Premièrement, ni le projet de loi ni l'*Etude d'impact* ne précisent les modalités du contrôle opéré par l'administration, celui-ci pouvant être soit aléatoire, soit ciblé (après repérage et identification de catégories à risques). En l'absence de définition

---

<sup>93</sup> Article L. 313-5-1 nouveau du CESEDA : « L'étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire ou d'une carte de séjour pluriannuelle doit pouvoir justifier à tout moment qu'il continue de satisfaire aux conditions fixées pour la délivrance de cette carte. L'autorité administrative procède aux contrôles et convocations nécessaires pour s'assurer du maintien de son droit au séjour.

Si l'étranger cesse de remplir l'une des conditions exigées pour la délivrance de la carte de séjour dont il est titulaire, fait obstacle aux contrôles ou ne défère pas aux convocations, la carte de séjour peut lui être retirée ou son renouvellement refusé.

N'est pas regardé comme ayant cessé de remplir la condition d'activité prévue au 1° de l'article L. 313-10 et à l'article L. 313-20 l'étranger involontairement privé d'emploi au sens de ces articles ».

<sup>94</sup> Article L. 611-12 nouveau du CESEDA : « Sans que s'y oppose le secret professionnel autre que le secret médical, les autorités et personnes privées visées aux alinéas suivants transmettent à l'autorité administrative compétente, agissant dans l'exercice des missions prévues au présent code et sur sa demande, les documents et informations strictement nécessaires au contrôle de la sincérité et de l'exactitude des déclarations souscrites ou de l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification.

Ce droit de communication s'exerce, à titre gratuit, quel que soit le support utilisé pour la conservation des documents, auprès :

- des administrations fiscales ;
- des administrations chargées du travail et de l'emploi ;
- des autorités dépositaires des actes d'état civil ;
- des organismes de sécurité sociale et de l'institution visée à l'article L. 5312-1 du code du travail ;
- des collectivités territoriales ;
- des chambres consulaires ;
- des établissements scolaires et d'enseignement supérieur ;
- des fournisseurs d'énergie, de télécommunication et d'accès internet ;
- des établissements de soin publics et privés ;
- des établissements bancaires et des organismes financiers ;
- des entreprises de transport des personnes ;
- des greffes des tribunaux de commerce.

L'autorité administrative définie au premier alinéa peut, aux mêmes fins, consulter les données pertinentes détenues par ces autorités et personnes privées ».

légale de critères objectifs fixant les modalités du contrôle, la CNCDH craint que la mise en œuvre du nouveau texte n'ouvre la voie à des pratiques discriminatoires susceptibles d'être sanctionnées au regard des exigences des articles 8 et 14 de la CESDH. Deuxièmement, la possibilité de contrôles - soit permanents soit inopinés - conjuguée à la généralisation de l'accès aux fichiers et des échanges d'informations entraînent la possibilité d'une « omniprésence administrative » dans l'intimité et la vie privée des étrangers. La CNCDH y voit une atteinte disproportionnée aux droits garantis à l'article 8 de la CESDH. Troisièmement, l'article 25 du projet de loi n'organise aucune procédure contradictoire. Pourtant, l'étranger qui fait l'objet des mesures prévues par ce texte devrait en être informé et mis en mesure de formuler ses observations<sup>95</sup>. Au regard de ce qui précède, l'application des nouvelles dispositions aura pour conséquence néfaste de précariser encore davantage la situation administrative des étrangers<sup>96</sup>, celle-ci pouvant être remise en cause même en cours de validité d'un titre ! C'est pourquoi, la CNCDH recommande la suppression, en l'absence de mesures remédiant aux objections ci-dessus énumérées.

b) Mieux encadrer le droit de communication

30. Ainsi que cela a déjà été évoqué, l'article 25 du projet de loi instaure un droit de communication qui emporte obligation, pour les autorités et personnes privées énumérées dans le nouveau texte, de transmettre à l'administration les données qu'elles détiennent relatives aux étrangers. Sont astreints à cette obligation : les administrations fiscales, les administrations chargées du travail et de l'emploi, les collectivités territoriales, les organismes de sécurité sociale, les autorités depositaires des actes d'état civil, les chambres consulaires, les établissements scolaires et d'enseignement supérieur, les fournisseurs d'énergie, de télécommunication et d'accès à internet, les établissements de soins publics et privés, les établissements bancaires et organismes financiers, les entreprises de transport de personnes et les greffes des tribunaux de commerce. En raison du silence de *l'Etude d'impact*, il est, en l'état, extrêmement difficile d'apprécier la proportionnalité du nouveau dispositif<sup>97</sup>, celui-ci devant impérativement préserver un juste équilibre entre la liberté personnelle (article 2 de la Déclaration de 1789) et l'intérêt public de l'organisme qui bénéficie du droit de communication<sup>98</sup>. A cet égard, la CNCDH formulera plusieurs observations.

31. En premier lieu, s'agissant du régime du droit de communication, la CNCDH entend rappeler que la loi doit préciser que :

- les demandes de communication de données doivent être ponctuelles et motivées en droit ;
- ces demandes doivent porter sur des personnes identifiées (nominativement ou sur la base de critères strictement définis) ;
- le droit de communication ne saurait aboutir à la création d'un fichier ou à l'interconnexion de traitements de données<sup>99</sup>.

A cela s'ajoute que ce droit doit être soumis au contrôle du juge administratif. Sur cette question, le nouveau texte apporte des garanties suffisantes, dès lors que la communication porte uniquement sur « *les informations et documents strictement nécessaires au contrôle de la sincérité et de l'exactitude des déclarations souscrites ou de l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification* ».

<sup>95</sup> Dans ce sens D. Liger (SAF) et V. Rochiccioli (SAF), *Audition du 22 janvier 2015*.

<sup>96</sup> Dans ce sens L. Blisson (SM) et P. Henriot (SM), *Audition du 6 janvier 2015*.

<sup>97</sup> Dans ce sens E. Gabrié (CNIL), *Audition du 15 avril 2015*.

<sup>98</sup> Dans ce sens Cons. const. 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, cons. n° 16.

<sup>99</sup> E. Gabrié (CNIL), *Audition du 15 avril 2015*.

32. En deuxième lieu, ni le projet de loi ni l'*Etude d'impact* ne contiennent d'indications sur les données pouvant être requises. La CNCDH s'inquiète tout particulièrement de la levée de tous les secrets professionnels, à l'exception du secret médical<sup>100</sup>. Pour autant, s'agissant des établissements de soins, l'article 25 ne limite pas le périmètre des informations pouvant être communiquées à l'administration. De plus, il ne cantonne pas le droit de communication au cas spécifique de la délivrance d'un titre de séjour pour raisons médicales (voir *supra*).

Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande instamment que les décrets à venir précisent :

- la nature des données à communiquer ;
- les cas dans lesquels l'autorité ou la personne privée communique telle ou telle donnée.

33. En troisième lieu, l'article 25 ne définit pas les finalités du droit de communication (suspicion de fraude, *etc.*)<sup>101</sup>. Du fait de cette lacune, il est particulièrement difficile de comprendre les raisons justifiant l'exercice de ce droit, notamment auprès des entreprises de transport de personnes ou des établissements scolaires. Dans ces conditions, la CNCDH recommande que la loi établisse un lien entre une finalité précise et telle ou telle communication de données, comme le fait, dans un autre domaine, l'article L. 114-19 du code de la sécurité sociale<sup>102</sup>.

34. En quatrième lieu, l'article 25 du projet de loi est imprécis sur les modalités concrètes d'exercice du droit de communication. Si l'alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel article L. 611-12 du CESEDA évoque la « transmission » de documents et informations, son dernier alinéa mentionne, quant à lui, la « consultation » des données pertinentes détenues par les autorités et personnes privées. En pratique, cette dernière pourrait consister en la visualisation d'un fichier par un déplacement sur les lieux ou même en la mise en œuvre de procédés techniques de consultation à distance, ceux-ci étant, le cas échéant, réglementés dans des protocoles<sup>103</sup>. Aussi, la CNCDH recommande-t-elle que le projet de loi précise clairement les modalités pratiques d'accès aux documents et informations.

c) Préciser dans la loi les règles relatives à la charge de la preuve

35. Les articles 8 et 25 du projet de loi sont peu clairs sur les règles relatives à la charge de la preuve. Le premier de ces deux textes peut au demeurant être interprété comme

---

<sup>100</sup> Article L. 611-12 nouveau alinéa 1<sup>er</sup> : « *Sans que s'y oppose le secret professionnel autre que le secret médical...* ».

<sup>101</sup> Dans ce sens E. Gabrié (CNIL), *Audition du 15 avril 2015*.

<sup>102</sup> Article L. 114-19 du code de la sécurité sociale : « *Le droit de communication permet d'obtenir, sans que s'y oppose le secret professionnel, les documents et informations nécessaires :*

*1° Aux agents des organismes de sécurité sociale pour contrôler la sincérité et l'exactitude des déclarations souscrites ou l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution et du paiement des prestations servies par lesdits organismes ;*

*2° Aux agents chargés du contrôle mentionnés aux articles L. 243-7 du présent code et L. 724-7 du code rural et de la pêche maritime pour accomplir leurs missions de contrôle définies aux mêmes articles et leur mission de lutte contre le travail dissimulé définie à l'article L. 324-12 du code du travail (1) ;*

*3° Aux agents de contrôle des organismes de sécurité sociale pour recouvrer les prestations versées indûment à des tiers.*

*Le droit prévu au premier alinéa s'exerce quel que soit le support utilisé pour la conservation des documents et peut s'accompagner de la prise immédiate d'extraits et de copies.*

*Les documents et informations sont communiqués à titre gratuit dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. Le refus de déférer à une demande relevant du présent article est puni d'une amende de 7 500 €.*

*Ce délit peut faire l'objet de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale prévue aux articles 495 à 495-6 du code de procédure pénale ».*

<sup>103</sup> E. Gabrié (CNIL), *Audition du 15 avril 2015*.



attribuant le fardeau de la preuve à l'étranger<sup>104</sup>. Pour la CNCDH, la loi doit explicitement préciser qu'en cas de retrait ou de non-renouvellement du titre, c'est à l'administration d'apporter tous les éléments susceptibles de motiver sa décision défavorable. Une amélioration du projet de loi sur cette question est souhaitable.

#### 4. Mieux garantir le droit au séjour des victimes de la traite

36. Le projet de loi ne prévoit pas l'octroi d'une carte de séjour pluriannuelle au profit des victimes de la traite<sup>105</sup>. Il ne modifie pas plus l'article L. 316-1 du CESEDA relatif au séjour des personnes étrangères victimes de la traite qui déposent plainte contre celui ou ceux qu'elles accusent d'avoir commis des faits de traite ou qui témoignent dans une procédure pénale concernant de tels faits<sup>106</sup>. Cette catégorie d'étrangers peut, sous certaines conditions, se voir délivrer une carte de séjour temporaire et, le cas échéant, une carte de résident, cette dernière étant, contrairement à la première, délivrée de plein droit. A ce propos, il convient de préciser que :

- seules 38 cartes de séjour temporaires portant la mention « vie privée et familiale » ont été délivrées en 2013 à des victimes de la traite, ce chiffre étant provisoirement estimé à 55 pour l'année 2014 (source : ministère de l'intérieur<sup>107</sup>) ;
- une seule victime de la traite s'est vue délivrer une carte de résident en 2011. Elles étaient quatre en 2012 (source : Comité interministériel de contrôle de l'immigration<sup>108</sup>).

37. L'extrême faiblesse de ces chiffres s'explique par l'existence d'une suspicion généralisée à l'égard des victimes de la traite déposant une demande de carte de séjour temporaire. En effet, nombre de préfectures exigent des pièces, dont l'utilité pour la mise en œuvre de l'article L. 316-1 du CESEDA est juridiquement discutable<sup>109</sup>, et procèdent à des vérifications tatillonnes non prévues par les textes<sup>110</sup>. A cela s'ajoute le pouvoir

---

<sup>104</sup> Article L. 313-5-1 nouveau du CESEDA : « L'étranger (...) doit pouvoir justifier à tout moment qu'il continue de satisfaire aux conditions fixées pour la délivrance de cette carte ».

<sup>105</sup> Voir M. Casanova (Droits d'Urgence) et A. Moreau (Droits d'Urgence), *Audition du 13 janvier 2015*.

<sup>106</sup> Article L. 316-1 du CESEDA : « Sauf si sa présence constitue une menace à l'ordre public, une carte de séjour temporaire portant la mention " vie privée et familiale " peut être délivrée 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. La condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigée. Cette carte de séjour temporaire ouvre droit à l'exercice d'une activité professionnelle. Elle est renouvelée pendant toute la durée de la procédure pénale, sous réserve que les conditions prévues pour sa délivrance continuent d'être satisfaites.

*En cas de condamnation définitive de la personne mise en cause, une carte de résident est délivrée de plein droit à l'étranger ayant déposé plainte ou témoigné ».*

<sup>107</sup> <http://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Statistiques/Tableaux-statistiques/L-admission-au-sejour-les-titres-de-sejour>

<sup>108</sup> Comité interministériel de contrôle de l'immigration (CICI), *Les étrangers en France. Rapport 2012, op. cit.*, p. 53.

<sup>109</sup> Voir notamment TA Paris 22 septembre 2011, *Mme L. R. Fanghou Hoketchiang*, n° 0915238 et n° 1003246, qui sanctionne l'exigence par la préfecture d'un jugement de condamnation pour la délivrance d'une carte de séjour temporaire ; CAA Paris, 11 octobre 2011, *Kamagate*, n° 09PA03778, le seul fait pour la victime de se prévaloir d'un récépissé de dépôt de plainte indiquant que des faits de traite des êtres humains sont *a priori* en cause suffit à remplir les conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire visée à l'article L. 316-1 du CESEDA ; ainsi la pratique actuelle suivie par la préfecture de police dans les cas de traite alléguée à des fins d'exploitation du travail, qui consiste dès réception de la demande de titre comportant un tel récépissé à interroger le parquet et à suspendre l'examen de la demande à la confirmation du procureur, est manifestement entachée d'illégalité.

<sup>110</sup> Voir Collectif Ensemble contre la Traite des Etres Humains coordonné par le Secours Catholique, *Rencontre avec Monsieur Bernard Cazeneuve, ministre de l'intérieur*, Paris le 23 septembre 2014 (en ligne sur : [www.contrelatraite.org](http://www.contrelatraite.org)) ; L. Guinamard (auteur) et G. Colas (dir.), *Les nouveaux visages de l'esclavage*, Editions de l'atelier 2015.

Voir déjà CNCDH, *La traite et l'exploitation des êtres humains en France*, La documentation française 2010, pp. 224-225.

discrétionnaire dont dispose le préfet en la matière. Par ailleurs et surtout, la loi, conditionne la délivrance de la carte de séjour temporaire à la qualification préalable d'une infraction de traite des êtres humains<sup>111</sup>. Or les poursuites pénales sont rares, faute de politique pénale volontariste<sup>112</sup>. Pour cette même raison, la délivrance de cartes de résident de plein droit ne peut être que très marginale, dès lors qu'elle suppose l'intervention d'une condamnation définitive. Aussi, la protection des victimes de la traite, pourtant voulue par les dispositions de l'article L. 316-1 du CESEDA, s'avère-t-elle totalement inefficace et ces victimes étrangères se trouvent dans un état de précarité sociale, économique et administrative auquel il est urgent de remédier.

38. L'actuelle rédaction de l'article L. 316-1 du CESEDA montre que le législateur est avant tout préoccupé par le besoin pertinent des autorités répressives d'assurer la présence sur le territoire national de personnes dont les déclarations sont utiles à l'enquête, à l'instruction ou au jugement d'individus poursuivis pour des faits de traite. La CNCDH estime quant à elle que doit primer l'intérêt des victimes de la traite, celles-ci étant intrinsèquement vulnérables.

D'une part, le titre de séjour doit être délivré aux personnes étrangères victimes de la traite dont le séjour s'avère « *nécessaire en raison de leur situation personnelle* » (cf. article 14-1 de la Convention de Varsovie) : doivent notamment être pris en compte leur sécurité, leur état de santé ou leur situation familiale<sup>113</sup>. Ces exigences impliquent nécessairement la pluriannualité du titre, afin d'éviter le maintien des victimes dans un état de précarité renforçant leur lien de dépendance vis-à-vis des auteurs de l'infraction. D'autre part, la CNCDH rappelle toute l'importance qu'elle attache au droit d'accès effectif des personnes étrangères victimes de la traite à la justice<sup>114</sup>. A partir des articles 4, 6, 13, 14 et 15-2 de la CESDH et à la lumière de la jurisprudence européenne<sup>115</sup>, peut être formulé le principe suivant : la nationalité et la situation administrative des victimes de la traite ne sauraient justifier l'adoption à leur égard de mesures portant une atteinte disproportionnée à leur droit d'accès effectif à la justice. Or leur éloignement du territoire vers un pays dans lequel elles ne pourront, de manière effective, exercer ce droit concernant les faits subis, peut être légitimement considéré comme violant les exigences européennes rappelées plus haut<sup>116</sup>. C'est pourquoi, il convient de leur reconnaître le droit de séjourner sur le territoire français, afin notamment de les mettre en mesure de porter plainte, d'être entendues et d'obtenir réparation du préjudice subi<sup>117</sup>. Le temps du procès implique alors nécessairement la pluriannualité du titre.

39. Au regard de ce qui précède, la CNCDH estime que les victimes de la traite doivent pouvoir bénéficier de la délivrance d'un titre pluriannuel de plein droit, sans passer au préalable par celle d'une carte temporaire. A défaut, elle recommande *a minima* que la délivrance des cartes de séjour temporaire ne soit plus laissée à la discrétion de

---

<sup>111</sup> Voir CAA Nantes 14 novembre 2008, X., n° 08NT01295, il ressort de cette décision qu'une erreur de qualification peut être fatale pour l'obtention d'un titre de séjour sur le fondement de l'article L. 316-1 du CESEDA.

Voir néanmoins, TA Paris 15 janvier 2015, *Mekuriyaw*, n° 1420523/6-2, qui retient la possibilité de la délivrance d'un titre de séjour pour raisons humanitaires sur le fondement de l'article L. 313-14 du CESEDA au bénéfice d'une victime de la traite.

<sup>112</sup> CNCDH 22 mai 2014, *Avis sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel*, JORF n° 0136 du 14 juin 2014, texte n° 70, §§ 8-17.

<sup>113</sup> Rapport explicatif de la Convention de Varsovie, § 184.

<sup>114</sup> Dans ce sens voir déjà CNCDH, *La traite et l'exploitation des êtres humains en France*, op. cit., p. 218.

<sup>115</sup> Voir en particulier Cour EDH 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, req. n° 73316/01 ; Cour EDH 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. n° 25965/04.

<sup>116</sup> En effet, une telle mesure ne garantit pas la protection absolue que reconnaît la CESDH aux victimes de la traite en cas de servitude ou d'esclavage (articles 4 et 15-2 de la CESDH), ne leur permet pas d'accéder effectivement au juge (articles 6 et 13 de la CESDH) et s'avère en définitive discriminatoire (article 14 de la CESDH).

<sup>117</sup> CNCDH, *La traite et l'exploitation des êtres humains en France*, op. cit., p. 218.

l'administration<sup>118</sup>, comme c'est le cas à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 316-1 alinéa du CESEDA. Ces dernières cartes doivent être délivrées de plein droit.

## II. L'ÉLOIGNEMENT

### A. AMÉLIORER LE RÉGIME DU DÉPART VOLONTAIRE

#### 1. Préciser le régime de l'absence de délai de départ volontaire

40. Le projet de loi ne modifie pas l'article L. 511-1 II., 3<sup>o</sup> du CESEDA qui permet à l'autorité administrative de décider que l'étranger est obligé de quitter sans délai le territoire français en cas de risque de fuite, lequel est fondé sur le seul séjour irrégulier<sup>119</sup>. Pourtant l'article 3 de la directive « Retour »<sup>120</sup> dispose que le risque de fuite réside dans « le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite ». Ce texte doit être compris à la lumière du 6<sup>ème</sup> considérant de la même directive, aux termes duquel « les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier ». Dans ces conditions, l'actuelle rédaction de l'article L. 511-1 II., 3<sup>o</sup> du CESEDA, fondant le risque de fuite trop largement sur l'irrégularité du séjour, ne remplit pas l'exigence d'objectivité des critères à prendre en considération dans la caractérisation de ce risque. Elle ne paraît donc pas conforme aux exigences du droit dérivé de l'Union européenne (UE)<sup>121</sup>. La CNCDH invite en conséquence le législateur<sup>122</sup> :

- à définir de manière précise et limitative les critères objectifs permettant de caractériser un risque imminent de fuite, comme notamment le fait de ne pas se présenter à plusieurs reprises aux autorités lors d'une assignation

<sup>118</sup> Une partie de la jurisprudence va dans ce sens en précisant qu'un préfet ne peut refuser de délivrer le titre de séjour sans violer l'article L. 316-1 du CESEDA, lorsque les faits invoqués par la victime ne sont pas contredits par les pièces du dossier (TA Paris 18 octobre 2011, *Mme D. Conde*, n° 1006355/3-3).

<sup>119</sup> Article L. 511-1 II. du CESEDA : « Toutefois, l'autorité administrative peut, par une décision motivée, décider que l'étranger est obligé de quitter sans délai le territoire français : (...) 3<sup>o</sup> S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à cette obligation. Ce risque est regardé comme établi, sauf circonstance particulière, dans les cas suivants :

- a) Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;
- b) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;
- c) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;
- d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;
- e) Si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;
- f) Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 ».

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> L'Italie a été sanctionnée sur cette question, voir CJUE 28 avril 2011, *El Dridi c. Italie*, n° C-61/11 PPU, § 58.

<sup>122</sup> Voir en matière de droit d'asile, CNCDH 28 novembre 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun*, op. cit., §§ 70-72.

à résidence ou le fait de s'être déjà précédemment soustrait à l'exécution d'une mesure d'éloignement ;

- à rappeler qu'un risque de fuite ne pourra découler que d'un faisceau de circonstances particulières établissant avec certitude que l'intéressé a l'intention de se soustraire de manière systématique aux autorités dans le seul but de faire obstacle à une mesure d'éloignement<sup>123</sup>.

## 2. Préciser le régime de la prolongation du délai de départ volontaire

41. L'article 14 du projet de loi prévoit que « le délai de départ volontaire accordé à l'étranger peut faire l'objet d'une prolongation par l'autorité administrative pour une durée appropriée s'il apparaît nécessaire de tenir compte de circonstances propres à chaque cas. L'étranger est informé par écrit de cette prolongation ». Ces nouvelles dispositions transposent l'article 7-2 de la directive « Retour » ainsi rédigé : « si nécessaire, les Etats membres prolongent le délai de départ volontaire d'une durée appropriée en tenant compte des circonstances propres à chaque cas, telles que la durée du séjour, l'existence d'enfants scolarisés et d'autres liens familiaux et sociaux ». Ce dernier texte, contrairement au projet de loi, donne une liste non exhaustive de ce qu'il faut entendre par les « circonstances propres à chaque cas ». De manière à faciliter la compréhension des nouvelles dispositions et à en garantir une application uniforme sur le territoire national, la CNCDH recommande de fixer une liste non limitative d'éléments à prendre en considération pour décider d'une prorogation du délai de départ volontaire. Cette énumération pourrait notamment comprendre : la durée du séjour, la scolarisation des enfants, les liens sociaux, la vie familiale, l'état de santé de l'étranger ou l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>124</sup>. Bien évidemment, l'administration doit recueillir les observations préalables de l'intéressé sur l'ensemble de ces éléments. Pour la CNCDH, il conviendrait également que la loi précise que les étrangers doivent être informés de la possibilité de solliciter l'extension du délai de départ volontaire.

## B. AMELIORER LE REGIME DES OBLIGATIONS DE QUITTER LE TERRITOIRE FRANÇAIS (OQTF)

### 1. Revoir les nouvelles OQTF

42. En premier lieu, l'article 14 du projet de loi prévoit la possibilité de prononcer une OQTF contre un ressortissant d'un pays tiers à l'UE qui s'est vu définitivement refuser la qualité de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire, à moins qu'il ne soit titulaire d'un

<sup>123</sup> A titre d'exemple, n'est pas constitutif d'une fuite, le seul fait pour l'intéressé « de ne pas déférer à l'invitation de l'autorité publique de se présenter à la police de l'air et des frontières pour organiser les conditions de son départ consécutivement à un refus d'admission » (CE 16 décembre 2010, n° 344864). De même, dès lors que l'intéressé, qui a fourni une adresse postale, pouvait être facilement localisé, a répondu aux courriers qui lui ont été envoyés à cette adresse et s'est fréquemment rendu en préfecture, le préfet ne pouvait sérieusement soutenir que l'intéressé pouvait être regardé comme ayant pris la fuite (CE 7 novembre 2012, n° 353360).

<sup>124</sup> L'article 7 de la directive « Retour » doit être lu à la lumière de l'article 14 qui dispose : « 1. Sauf dans la situation visée aux articles 16 et 17, les États membres veillent à ce que les principes ci-après soient pris en compte dans la mesure du possible en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers au cours du délai de départ volontaire accordé conformément à l'article 7 et au cours des périodes pendant lesquelles l'éloignement a été reporté conformément à l'article 9 :

- a) l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire est maintenue ;
- b) les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont assurés ;
- c) les mineurs ont accès au système éducatif de base en fonction de la durée de leur séjour ;
- d) les besoins particuliers des personnes vulnérables sont pris en compte.

Les Etats membres confirmeront par écrit aux personnes visées au paragraphe 1., conformément à la législation nationale, que le délai de départ volontaire a été prolongé conformément à l'article 7, paragraphe 2, ou que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée ».

titre de séjour en cours de validité (article L. 511-1, 6° nouveau du CESEDA). A cet égard, la CNCDH regrette que le nouveau texte soit silencieux sur l'interdiction de prononcer une telle mesure d'éloignement en cas de risque manifeste d'atteinte aux droits de l'homme dans le pays de renvoi, notamment une violation de l'article 3 de la CESDH prohibant les traitements inhumains et dégradants<sup>125</sup>, et renouvelle son invitation, plusieurs fois rappelée, d'accorder un titre de séjour à l'étranger dont le renvoi est impossible dans un tel cas. La CNCDH recommande une amélioration des nouvelles dispositions en rappelant que l'autorité administrative est tenue de procéder à un examen particulier de la situation de la personne faisant l'objet d'une mesure d'éloignement<sup>126</sup>.

43. En deuxième lieu, l'article 14 du projet de loi permet à l'autorité administrative de prononcer une OQTF à l'encontre d'un ressortissant d'un pays tiers à l'UE « *si le comportement de l'étranger, qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois, constitue une menace pour l'ordre public. La menace pour l'ordre public peut s'apprécier au regard de la commission de faits passibles de poursuites pénales sur le fondement des articles du code pénal cités au premier alinéa de l'article L. 313-5 du présent code, ainsi que des 1°, 4°, 6° et 8° de l'article 311-4, de l'article 311-4-1, de l'article 322-4-1 et des articles 222-14, 224-1 et 227-4-2 à 227-7 du code pénal* » (article L. 511-1, 7° nouveau du CESEDA). Cette liste d'infractions, peu cohérente, ne recouvre pas exclusivement des délits ou des crimes d'une extrême gravité, telles les infractions terroristes<sup>127</sup>. Pour la CNCDH, le principe de proportionnalité n'est donc pas respecté<sup>128</sup>. De plus, les nouvelles dispositions sont de nature à brouiller la distinction classique entre police administrative et police judiciaire. En effet, le nouveau texte habilite l'autorité administrative, pour apprécier la menace à l'ordre public, à prononcer l'OQTF en cas de « *commission de faits passibles de poursuites pénales* ». Cette décision d'éloignement ne peut donc être exclusivement considérée comme une mesure de police administrative destinée à prévenir la commission d'infractions<sup>129</sup>. Les nouvelles dispositions relèvent indéniablement du domaine de la police judiciaire dont la direction et le contrôle sont constitutionnellement dévolus à l'autorité judiciaire, seule compétente pour la poursuite

<sup>125</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a posé que la protection apportée par l'article 3 de la CESDH revêt un caractère absolu « *quels que soient les agissements de la personne concernée, aussi indésirables et dangereux soient-ils* », dès lors qu'il s'avère qu'un risque existe (Cour EDH 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, AJDA 2008, p. 978).

<sup>126</sup> Dans ce sens, voir CE 4 juin 2012, n° 365505.

<sup>127</sup> Article 222-39 du code pénal : cession ou offre de stupéfiants en vue de sa consommation personnelle (5 ans d'emprisonnement) ;  
Articles 225-4-1 à 225-4-9 du code pénal : traite des êtres humains (7 à 10 ans d'emprisonnement, voire une peine de réclusion criminelle si les faits sont commis en bande organisée ou s'accompagnent de tortures) ;  
Articles 225-5 à 225-11 du code pénal : proxénétisme (7 à 10 ans d'emprisonnement ou peine de réclusion criminelle si les faits sont commis en bande organisée ou accompagnés de tortures) ;  
Articles 225-12-1 à 225-12-2 du code pénal : recours à la prostitution des mineurs et des personnes vulnérables (3 à 5 ans d'emprisonnement) ;  
Article 312-12-1 du code pénal : demande de fonds sous contrainte sur la voie publique (6 mois d'emprisonnement) ;  
Article 321-6 et 321-6-1 du code pénal : non justification de ressources (3 à 5 ans d'emprisonnement) ;  
Article 311-4 1° 4°, 6°, 7°, 8° du code pénal : vols aggravés (de 5 à 10 ans d'emprisonnement, en fonction du cumul de circonstances aggravantes) ;  
Article 322-4-1 du code pénal : installation illégitime sur un terrain (6 mois d'emprisonnement) ;  
Article 222-14 du code pénal : violences habituelles sur un mineur de 15 ans ou sur une personne vulnérable (de 5 ans d'emprisonnement à 30 ans de réclusion criminelle) ;  
Article 224-1 du code pénal : enlèvement ou séquestration (20 ans de réclusion criminelle) ;  
Articles 227-4-2 à 227-7 du code pénal : violation d'une ordonnance de protection et atteintes à l'autorité parentale (6 mois à 2 ans d'emprisonnement).

<sup>128</sup> Dans ce sens USM, *Observations sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France*, op. cit., pp. 3-4.

<sup>129</sup> Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-261 DC, qui précise que les mesures d'éloignement sont prises dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique et qu'elles relèvent à ce titre de la police administrative.

et la répression des infractions. Il est donc porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs (article 16 de la Déclaration de 1789)<sup>130</sup>. En insistant sur la « commission » des faits, alors même que l'on devrait uniquement se situer avant les poursuites pénales et donc avant l'établissement de la culpabilité, les nouvelles dispositions portent également atteinte à la présomption d'innocence (article 9 de la Déclaration de 1789 et 6-2 de la CESDH)<sup>131</sup>.

44. En troisième lieu, le projet de loi prévoit en son article 15 la possibilité pour l'autorité administrative d'obliger un citoyen européen ne résidant pas en France à quitter le territoire français, dès lors que « *son comportement personnel constitue du point de vue de l'ordre public ou de la sécurité publique une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* » (article L. 511-3-1, 3° nouveau du CESEDA). Pour la CNCDH, l'interprétation extensive de la menace à la sécurité publique donne de bonnes raisons de craindre que cette mesure ne soit utilisée abusivement par l'administration, afin d'éloigner des citoyens européens qui ne représentent en aucun cas une menace grave, comme notamment ceux issus des populations roms<sup>132</sup>. Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a considéré que pratiquer la mendicité en prétendant récolter des dons pour une association caritative représentait une menace grave à la sécurité publique qui constitue un « *intérêt fondamental de la société française* »<sup>133</sup>. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande une amélioration du projet de loi.

## 2. Simplifier les recours contre les OQTF

45. L'article 14 du projet de loi prévoit quatre situations dans lesquelles une personne faisant l'objet d'une OQTF et disposant du délai de départ volontaire ne bénéficiera que d'un délai de 7 jours, à compter de la notification de la décision, pour saisir le juge administratif. Celui-ci devra alors statuer dans un délai d'un mois (Article L. 512-1 I., bis du CESEDA). Ces nouveaux délais visent les personnes qui :
- ne peuvent justifier être entrées régulièrement sur le territoire français, à moins qu'elles ne soient titulaires d'un titre de séjour en cours de validité ;
  - se sont maintenues sur le territoire au-delà de la durée de validité de leur visa ou, si elles ne sont pas soumises à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de leur entrée sur le territoire, sans être titulaires d'un premier titre de séjour régulièrement délivré ;
  - n'ont pas demandé le renouvellement de leur titre de séjour temporaire et se sont maintenues sur le territoire à l'expiration de ce titre ;
  - se sont vu refuser définitivement l'octroi d'une protection internationale, à moins qu'elles ne soient titulaires d'un titre de séjour en cours de validité.
46. En premier lieu, réduire le délai de recours pour les étrangers qui n'ont pas de titre de séjour apparaît totalement disproportionné, dès lors que, le plus souvent, ces personnes ne se sont pas volontairement mises dans cette situation. La recherche académique<sup>134</sup>, la Cour des comptes<sup>135</sup>, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>136</sup> et le rapport Fekl déjà cité<sup>137</sup> mettent en évidence que beaucoup rencontrent

<sup>130</sup> Voir Cons. const. 28 juillet 1989, *op. cit.* ; Cons. const. 19 janvier 2006, n° 2005-532 DC.

<sup>131</sup> Dans ce sens USM, *Observations sur le projet de loi relatif au droit des étrangers en France*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>132</sup> CNCDH 20 novembre 2014, *Avis sur le respect des droits fondamentaux des populations vivant en bidonvilles*, *op. cit.*, §§ 57-59.

<sup>133</sup> CE 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 365054.

<sup>134</sup> A. Spire, *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'agir 2008.

<sup>135</sup> Cour des comptes, *Rapport public annuel 2013*, Paris le 12 février 2013.

<sup>136</sup> Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Rapport par Nils Muiznieks suite à sa visite en France du 22 au 26 septembre 2014*, coe 2015, p. 46.

<sup>137</sup> M. Fekl, *op. cit.*, pp. 26-40.

quotidiennement des difficultés pour faire enregistrer une demande de titre de séjour auprès des services préfectoraux, en raison de mauvaises conditions matérielles d'accès (nombre limité de dossiers instruits par jour, etc.), de refus verbaux d'enregistrement ou de pièces abusivement sollicitées.

47. En deuxième lieu, les nouveaux délais fixés à l'article 14 du projet de loi ont pour conséquence de faire coexister, s'agissant des OQTF, trois régimes procéduraux distincts au sein du CESEDA. En effet, outre le délai de recours de 7 jours précité, le délai de recours de 30 jours et celui de jugement de trois mois sont maintenus dans les cas suivants :
- si la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé ou le titre de séjour retiré ;
  - si le récépissé de la demande de carte de séjour ou l'autorisation provisoire de séjour a été retirée ou si le renouvellement des documents a été refusé ;
  - si le comportement de l'étranger, qui ne réside pas régulièrement en France depuis plus de trois mois, constitue une menace pour l'ordre public ;
  - si l'étranger, qui ne réside pas en France depuis plus de trois mois, a méconnu les règles relatives à l'autorisation de travail.

Quant aux étrangers placés en rétention administrative, ils doivent former leur recours dans un délai de 48 heures, le jugement devant être prononcé dans les 72 heures. Dans ces conditions, la CNCDH ne peut que s'inquiéter de la multiplication des régimes dérogatoires en matière de droit des étrangers. La complexification qui en découle nuit à la compréhension et à la lisibilité du CESEDA.

48. En troisième lieu, il découle de l'article 13 de la CESDH que la personne concernée doit pouvoir exercer son recours dans un « délai raisonnable », ce qui implique la définition légale d'un délai suffisant pour préparer, rédiger et déposer une requête comprenant un exposé détaillé des moyens de fait et de droit. Tel n'est assurément pas le cas des délais de 48 heures<sup>138</sup> et de 7 jours évoqués plus haut qui sont très inférieurs au délai de droit commun de deux mois prévu pour les recours contentieux devant le juge administratif (article R. 421-1 du code de justice administrative). A ce propos, la CNCDH rappelle la vigilance de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des délais trop longs, mais aussi des délais trop brefs qui mettent en cause l'effectivité même du recours<sup>139</sup>. Elle recommande en conséquence leur allongement et la transformation des délais d'heure à heure en délais à jours ouvrés.
49. En quatrième lieu, le contentieux des OQTF est à ce jour traité dans des délais élevés (5 mois à 1 an), si bien que les délais de jugement fixés dans le projet de loi paraissent

---

<sup>138</sup> Voir S. Slama, « Assistance des étrangers retenus : une tentative de déplacement de la frontière de l'accès effectif aux droits », in : O. Lecucq (dir.), *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, L'Harmattan 2011, pp. 184-215, qui insiste sur l'affaiblissement de la défense des étrangers retenus.

Voir également O. Lecucq, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *AJDA* 2011, p. 1936, qui écrit que dans la mesure où, une fois la décision de placement en rétention prise, les étrangers « ne bénéficient toujours que de 48 heures pour intenter un recours devant le juge administratif, et que, dans ces conditions, le droit de bénéficier au plus tôt d'un conseil, d'un interprète ou de pouvoir communiquer avec une personne de son choix s'avère absolument déterminant pour leur défense ».

<sup>139</sup> Cour EDH 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07.

Sur la brièveté de tels délais de recours, voir également CNCDH/Médiateur de la République, *Communication commune sur l'affaire Gebremedhin contre France* ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Nils Muiznieks), *op. cit.*, p. 47 ; ADDE, ANAFE, FASTI, GISTI, La Cimade, LDH, collectif MOM, SAF et Syndicat de la Magistrature, *Analyse collective*, *op. cit.*, p. 4.

Plus généralement sur les obstacles à l'accès au recours effectif, voir Observatoire de l'Enfermement des Etrangers, *Une procédure en trompe l'œil. Les entraves à l'accès effectif pour les étrangers privés de liberté en France*, mai 2014.

quelque peu irréalistes<sup>140</sup>. Il est au demeurant à craindre que les juridictions administratives ne soient dans l'incapacité d'absorber dans de bonnes conditions le contentieux, en raison de l'existence de trois délais de jugement distincts. Les greffes risquent également d'être désorganisés du fait de cette complexité. Le silence de l'*Etude d'impact* sur ces questions importantes est regrettable.

50. En cinquième lieu, la réduction des délais de procédure ne saurait dispenser du respect des garanties procédurales devant le juge administratif. A cet égard, l'article 14 du projet de loi organise une procédure à juge unique, sans conclusions du rapporteur public, pour les recours soumis au délai de 7 jours<sup>141</sup> et comme cela existe déjà pour les recours contre les OQTF formés en rétention dans le délai de 48 heures<sup>142</sup>. Une fois de plus, la CNCDH déplore l'extension des procédures à juge unique un peu plus d'un an après une réforme du code de justice administrative qui a procédé de même en matière de contentieux portant sur les droits sociaux<sup>143</sup> et presque concomitamment à la discussion d'un projet de loi relatif au droit d'asile<sup>144</sup>. Elle y voit l'émergence insidieuse d'une « justice administrative à deux vitesses » et se doit de rappeler qu'il ne peut être toléré que les pauvres ou les personnes « particulièrement défavorisées et vulnérables » que sont la plupart des étrangers, bénéficient de garanties procédurales au rabais. Marquant son profond attachement au principe de collégialité, la CNCDH recommande une réécriture du nouvel article L.512-1 I.bis et III. du CESEDA.

### C. ENCADRER L'INTERDICTION DE RETOUR

51. L'article 14 du projet de loi complète l'article L. 511-1 du CESEDA par un II. ainsi rédigé : « *L'autorité administrative, par une décision motivée, assortit l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français d'une durée maximale de trois ans à compter de sa notification lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger ou lorsque l'étranger n'a pas satisfait à cette obligation dans le délai imparti. Des circonstances humanitaires peuvent toutefois justifier que l'autorité administrative ne prenne pas d'interdiction de retour dans des cas particuliers* ». En vertu de ces nouvelles dispositions, l'autorité administrative a compétence en principe liée, non pour la durée de la mesure dont la seule limite supérieure est fixée, mais pour son prononcé<sup>145</sup>. La CNCDH ne peut que déplorer cette automaticité de principe de l'interdiction de retour, ce d'autant qu'elle est de nature à nourrir une augmentation du contentieux<sup>146</sup>.

52. En premier lieu, le Conseil constitutionnel a certes, contre toute attente<sup>147</sup>, qualifié l'interdiction de retour de mesure de police et non de sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789<sup>148</sup>, ce qui permet d'écarter l'application de garanties issues du droit pénal et de la procédure pénale. Mais ce principe ne peut être étendu à tous les types d'interdiction de retour, certaines ayant

<sup>140</sup> Dans ce sens N. Leclerc-Garret (USM) et M.-J. Ody (USM), *Audition du 13 janvier 2015* ; A. Baux (USMA), *Audition du 5 février 2015* ; H. Guillou (SJA), *Audition du 6 janvier 2015*.

<sup>141</sup> Voir le nouvel article L. 512-1 I., bis alinéa 2 et suivants du CESEDA.

<sup>142</sup> Article L. 512-1 III. alinéas 2 et suivants du CESEDA.

<sup>143</sup> Voir Décret n° 2013-730 du 13 août 2013 portant modification du code de justice administrative, *JORF* du 15 août 2013, p. 13960.

<sup>144</sup> Voir CNCDH 20 novembre 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile*, *JORF* n° 0005 du 7 janvier 2015, texte n° 57, § 57.

<sup>145</sup> Remarquons qu'à ce jour, il n'y a pas de compétence liée. Les juridictions administratives procèdent au contrôle de la légalité de l'acte et non de son opportunité (voir CAA 18 avril 2013, n° 12PA000881).

<sup>146</sup> USMA, *Projet de loi relatif aux droits des étrangers. Complexification et manquements*, Paris 2015, pp. 4-5 ; SJA/USMA/SAF/SM, *Projet de loi relatif aux droits des étrangers en France*, Paris 2014, p. 3.

<sup>147</sup> Voir C. Pouly, « Le juge européen : l'ultime recours ? », *Plein droit* n° 92, mars 2012, p. 29.

<sup>148</sup> Cons. const. 9 juin 2011, *op. cit.*, cons. n° 55.



des spécificités de nature à justifier une variation des qualifications<sup>149</sup>. Pour la CNCDH, l'interdiction de retour, telle qu'elle est conçue dans les nouvelles dispositions, constitue indéniablement une sanction administrative<sup>150</sup>, dès lors qu'elle est infligée, non pour prévenir, mais pour répondre au manquement à une obligation définie par la loi ou le règlement<sup>151</sup>. En effet, dans l'hypothèse où l'étranger « *n'a pas satisfait* » à l'obligation de quitter le territoire durant le délai de départ, il y a manquement direct à une obligation fixée par la loi. Dans le même sens, si aucun délai de départ volontaire n'a été accordé, c'est bien parce que l'étranger a auparavant manqué soit à son obligation générale de respect des lois de police et de droit pénal<sup>152</sup>, soit à ses obligations particulières de diligence et de loyauté<sup>153</sup>. Par voie de conséquence, il ne peut être considéré que l'interdiction de retour, telle que définie à l'article 14 du projet de loi, constitue une simple mesure de police soustraite aux exigences constitutionnelles de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Pour la CNCDH, elle doit être assimilée à une sanction ayant le caractère d'une punition<sup>154</sup> et comme telle, assujettie aux principes de nécessité et de proportionnalité prohibant les peines automatiques. L'automaticité d'édition restant de principe, il existe un risque réel de voir le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative annihilé<sup>155</sup>.

53. En deuxième lieu, le projet n'envisage pas les éventuelles implications d'une évolution de la situation personnelle de la personne faisant l'objet d'une interdiction de retour. Pour la CNCDH, il convient de prévoir la faculté pour l'intéressé de demander à l'autorité administrative l'abrogation de l'interdiction de retour, dès lors qu'il peut prétendre à l'obtention d'un titre de séjour<sup>156</sup>. A défaut, la CNCDH craint qu'il n'y ait méconnaissance de son droit à un recours effectif (article 13 de la CESDH).
54. En troisième et dernier lieu, le projet de loi ne transpose pas l'article 11-3 de la directive « Retour » qui protège, à certaines conditions, les victimes de la traite qui coopèrent avec les autorités, contre l'interdiction de retour. La CNCDH recommande donc instamment la transposition des dispositions précitées.

#### D. REVOIR LE REGIME DE L'INTERDICTION DE CIRCULATION

55. L'article 15 du projet de loi consacre une interdiction temporaire de circulation sur le territoire français qui pourrait être adoptée à l'encontre de tout citoyen européen qui a abusé de son droit de libre circulation ou dont le comportement a menacé l'ordre public

---

<sup>149</sup> Dans ce sens S. Slama, « Nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers », *La revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés du 13 juin 2011.

<sup>150</sup> Dans ce sens CNCDH 5 juillet 2010, *Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité*, en ligne sur : [www.cncdh.fr](http://www.cncdh.fr), § 17.

<sup>151</sup> Voir Conseil d'Etat, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française 1995.

<sup>152</sup> Cas de l'étranger dont le comportement constitue une menace pour l'ordre public (article L. 511-1 II., 1° du CESEDA) ; cas de l'étranger qui a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage (article L. 511-1 II., 3° e du CESEDA) ; cas de l'étranger qui s'est soustrait à l'exécution d'une mesure d'éloignement (article L. 511-1 II., d du CESEDA) ; cas d'une demande frauduleuse d'un titre de séjour, d'un récépissé d'une demande de carte de séjour ou d'une APS (article L. 511-1 II., 2° du CESEDA) ; cas de l'étranger qui s'est soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 du CESEDA (article L. 511-1 II., 3° f du CESEDA).

<sup>153</sup> Cas de l'étranger qui, présent sur le territoire français, ne sollicite pas la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour (article L. 511-1 II., a, b et c du CESEDA).

<sup>154</sup> Dans ce sens, voir également ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>155</sup> Remarquons qu'a été déclarée contraire à la Constitution l'interdiction du territoire pour une durée d'un an faisant automatiquement suite à un arrêté de reconduite à la frontière (Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. n° 49).

<sup>156</sup> Dans le même sens ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, p. 38.

(article L. 511-3-2 nouveau du CESEDA<sup>157</sup>). Pour la CNCDH, la terminologie employée manque de rigueur juridique, dès lors que l'interdiction de circulation peut renvoyer soit à l'interdiction d'entrée sur le territoire, soit à l'interdiction de se déplacer sur le territoire après y être entré. Plus fondamentalement, il s'agit d'une restriction à la liberté de circulation contraire au droit européen, à laquelle le droit dérivé (en particulier la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 *relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE*) et la jurisprudence posent des limites claires : seules des considérations liées à l'ordre public peuvent justifier de telles restrictions, or la notion d'abus de droit n'est pas liée à l'ordre public tel que défini par l'UE. L'abus de droit est défini en droit interne comme le fait de renouveler des séjours de moins de 3 mois sur le territoire alors que les conditions pour bénéficier d'un droit au séjour de plus de trois mois ne sont pas réunies, ou comme celui de venir en France dans le but essentiel de profiter du système d'assistance sociale<sup>158</sup>. Il résulte très clairement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE que seuls des motifs tenant à l'ordre public, la santé publique et la sécurité publique peuvent exceptionnellement justifier des mesures de restriction à la libre circulation, mesures qui ne peuvent être systématiques. Des motivations économiques ne peuvent conduire à limiter la liberté de circulation<sup>159</sup>. L'abus de droit ne peut donc fonder de telles mesures : multiplier les séjours de moins de trois mois ne constitue pas un trouble à l'ordre public. Par ailleurs, le recours très fréquent à la notion de menace à l'ordre public pour justifier des mesures d'éloignement de citoyens roumains ou bulgares, marqué par une interprétation non-conforme de l'ordre public au regard du droit européen, fait craindre une utilisation abusive de cette notion pour fonder des mesures d'interdiction de circulation. La CNCDH estime que cette nouvelle mesure aboutirait à une limitation abusive de la liberté de circulation pour des citoyens européens en dépit des principes fondamentaux de la construction de l'Union européenne. Elle contribuerait par ailleurs à précariser davantage ces citoyens européens.

56. En matière de liberté de circulation et de droit au séjour, la CNCDH recommande le plein respect du droit de l'UE et notamment une interprétation rigoureuse des notions de trouble à l'ordre public et de charge déraisonnable, dans l'esprit de ce que prévoit la directive 2004/38/CE précitée.

---

<sup>157</sup> Article L. 511-3-2 nouveau du CESEDA : « L'autorité administrative peut, par décision motivée, assortir l'obligation de quitter le territoire français prononcée en application des 2° et 3° de l'article L. 511-3-1 d'une interdiction de circulation sur le territoire français d'une durée maximale de trois ans.

L'autorité administrative peut à tout moment abroger l'interdiction de circulation sur le territoire français. Lorsque l'étranger sollicite l'abrogation de l'interdiction de circulation sur le territoire français, sa demande n'est recevable que s'il justifie résider hors de France depuis un an au moins.

Cette condition ne s'applique pas :

1° Pendant le temps où l'étranger purge en France une peine d'emprisonnement ferme ;

2° Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2.

Les cinquième et huitième alinéas de l'article L. 511-3-1 sont applicables ».

<sup>158</sup> D'un point de vue juridique, l'interdiction d'abus de droit est un principe général du droit de l'UE, lequel consiste en « la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention » (CJUE 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke*, n° C-110/99).

<sup>159</sup> *Ibid.*

### III. LES PRIVATIONS DE LIBERTE

#### A. MIEUX PROTEGER LA LIBERTE INDIVIDUELLE LORS DE L'ARRIVEE SUR LE TERRITOIRE

##### 1. Renforcer les garanties procédurales des personnes placées en zone d'attente

57. Tout d'abord, la CNCDH déplore que le projet de loi n'assortisse pas les décisions de refus d'entrée sur le territoire et celles de placement en zone d'attente d'un recours suspensif de plein droit. Elle y voit une violation de l'article 13 de la CESDH, dès lors que pour être effectif, le recours doit être suspensif<sup>160</sup>.
58. La CNCDH regrette ensuite le silence du projet de loi sur la présence en zone d'attente de membres du secteur associatif et du barreau, qui constituent pour les étrangers, une garantie essentielle par l'information, l'aide et l'assistance effectives qu'ils leur apportent. Elle recommande l'organisation d'une permanence d'information et d'une permanence d'avocat au titre de l'aide juridictionnelle. Des financements suffisants devront être prévus. De manière à ce que les étrangers puissent effectivement avoir accès aux différents intervenants, la CNCDH recommande également le rétablissement de l'automatisme du droit au jour franc (article L. 213-2 du CESEDA).
59. Enfin, il doit être rappelé que le contrôle du juge des libertés et de la détention (JLD) intervient au terme du quatrième jour de maintien en zone d'attente à compter du placement (article L. 222-1 du CESEDA), étant précisé qu'il ne peut être saisi avant. Cependant la durée moyenne du maintien est en 2013 de 4 jours à Roissy et de 32 heures à Orly<sup>161</sup>. Ainsi, un grand nombre de personnes privées de liberté se trouve éloigné sans avoir eu accès au JLD<sup>162</sup> et donc sans contrôle de l'autorité judiciaire, en violation flagrante des principes les plus élémentaires de l'Etat de droit (article 66 de la Constitution). En conséquence, des personnes peuvent se voir refoulées en l'absence de tout contrôle d'éventuelles violations des formes légales prescrites, à peine de nullité, et ayant pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger (article L. 222-8 du CESEDA). La CNCDH recommande donc instamment que le contrôle du juge judiciaire intervienne au plus tôt, c'est-à-dire avant l'exécution de la mesure d'éloignement. Ce magistrat devrait également pouvoir être saisi par l'intéressé à tout moment après son placement en zone d'attente.

##### 2. Supprimer les zones d'attente « ad hoc »

60. Le projet de loi ne modifie ni n'abroge l'article L. 221-2 du CESEDA qui permet le placement en zone d'attente d'un groupe d'au moins dix étrangers lorsqu'il est manifeste que ces derniers viennent d'arriver à la frontière en dehors d'un point de passage frontalier. Les zones en cause, s'étendant du « lieu où ils sont découverts jusqu'au point de passage frontalier le plus proche », sont déterminées par l'administration de manière *ad hoc* sur la base de la « découverte » d'un « groupe d'étrangers » venant manifestement d'arriver en France. Estimant que le pouvoir conféré à l'autorité administrative compétente de délimiter une telle zone d'attente n'est pas encadré, la

---

<sup>160</sup> Dans ce sens, Cour EDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c/ France*, req. n° 25389/05, à propos de la procédure d'asile à la frontière.

<sup>161</sup> Anafé, *Analyse du projet de réforme du droit des étrangers en France*, op. cit., p. 3. Voir également Observatoire de l'Enfermement des Etrangers, op. cit., pp. 22-23.

<sup>162</sup> L. Blondel (Anafé), *Audition du 6 novembre 2014*, qui, pour l'année 2013, précise qu'à Roissy, sur 7232 personnes placées en zone d'attente, 57 % ont vu le JLD ; qu'à Orly, sur 1181 personnes placées en zone d'attente, 12 % ont vu le JLD.

CNCDH a déjà exprimé ses plus vives réserves à l'égard de ce régime d'exception<sup>163</sup> qui n'a, à ce jour, jamais été mis en œuvre<sup>164</sup>. Son inutilité n'est donc plus à démontrer. Au surplus, le caractère mobile et temporaire de ces zones d'attente est de nature à empêcher l'accès des personnes privées de liberté aux associations, avocats et autres intervenants. L'accès au droit et à l'information risque d'être fortement entravé, tout comme le droit au recours effectif (article 13 de la CESDH).

### 3. Interdire le placement en zone d'attente des mineurs isolés étrangers

61. A ce jour, les mineurs isolés étrangers peuvent toujours être « enfermés » en zone d'attente. Le projet de loi ne prévoit aucune amélioration à ce sujet, alors même qu'une telle privation de liberté est, ainsi que l'a souligné le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, particulièrement inadaptée aux mineurs<sup>165</sup>. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé que « *[la situation d'extrême vulnérabilité] [doit être] déterminant[e] et prédomine[r] sur la qualité d'étranger en séjour illégal* »<sup>166</sup>. A ce propos, la CNCDH entend rappeler que les mineurs sont des personnes intrinsèquement vulnérables et qu'ils ne doivent en aucun cas pouvoir être placés en zone d'attente, dès lors qu'une telle privation de liberté est nécessairement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant). Il doit également être précisé que le CESEDA ne régit ni l'habitabilité des zones d'attente ni l'organisation de la vie dans les locaux dédiés<sup>167</sup>. Ainsi, les zones d'attente n'étant pas toutes dotées d'un espace spécifiquement dédié aux mineurs, ceux-ci ne sont pas toujours séparés des adultes et sont donc potentiellement exposés aux abus et à l'exploitation, comme l'a récemment relevé le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>168</sup> (voir également la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>169</sup>).
62. Par ailleurs, du fait notamment de la mobilité des zones d'attentes *ad hoc*, les difficultés rencontrées pour désigner un administrateur *ad hoc* qualifié dans les meilleurs délais, comme l'exige la loi, sont en pratique démultipliées et la représentation des mineurs quasi inexistante<sup>170</sup>, ainsi que cela a été utilement constaté par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>171</sup>. L'absence de caractère suspensif des voies de recours est encore plus préoccupante s'agissant des mineurs qui peuvent faire l'objet d'un éloignement, sans examen sérieux de leur situation par les services sociaux. Une violation des dispositions de l'article 13 de la CESDH est à craindre.
63. Enfin et plus généralement, il est pour la CNCDH inadmissible que les mineurs isolés étrangers en zone d'attente ne bénéficient pas des mêmes garanties et dispositifs de protection que ceux qui, présents sur le territoire, ne peuvent faire l'objet d'une mesure

---

<sup>163</sup> CNCDH 5 juillet 2010, *Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité*, *op. cit.*, § 7.

<sup>164</sup> Anafé, *Analyse du projet de réforme du droit des étrangers en France. L'entrée sur le territoire passée sous silence*, Paris 2014, p. 2.

<sup>165</sup> Observations finales du Comité des droits de l'enfant sur la France, 22 juin 2009, CRC/C/FRA/CO/4, §§ 84 à 86.

<sup>166</sup> Cour EDH 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03, § 55.

<sup>167</sup> A. Lecourbe (CGLPL), *Audition du 12 janvier 2015*.

<sup>168</sup> Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Nils Muiznieks), *op. cit.*, p. 39.

<sup>169</sup> Voir Cour EDH 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, *op. cit.*, où la Cour rappelle que « *la seconde requérante a été détenue dans un centre fermé conçu pour des adultes étrangers en séjour illégal, dans les mêmes conditions que celles d'une personne adulte, lesquelles n'étaient par conséquent pas adaptées à sa situation d'extrême vulnérabilité liée à son statut de mineure étrangère non accompagnée* ».

<sup>170</sup> Dans ce sens, L. Blondel (Anafé), *Audition du 6 novembre 2014*.

<sup>171</sup> Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Nils Muiznieks), *op. cit.*, p. 39.

d'éloignement<sup>172</sup>. En effet, dès lors que l'isolement et la minorité doivent prévaloir sur la qualité d'étranger<sup>173</sup>, le principe d'égalité est bafoué.

## B. MIEUX PROTEGER LA LIBERTE INDIVIDUELLE LORS DE L'ELOIGNEMENT DU TERRITOIRE

### 1. Garantir le caractère exceptionnel du recours à la rétention administrative

64. Le projet de loi tente à première vue d'établir une gradation dans l'emploi des mesures coercitives pouvant être prononcées dans le cadre des procédures d'éloignement. En effet, priorité semble donnée à l'assignation à résidence par rapport à la rétention, ce que la CNCDH ne peut qu'approuver (voir les articles 19 à 22 du projet de loi). Cela étant, l'article 19 du projet de loi intègre dans le CESEDA un nouvel article L. 551-1 aux termes duquel « *l'étranger qui ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au 3° du II. de l'article L. 511-1 peut être placé en rétention* ». A cet égard, il convient de rappeler que cet article L. 511-1 II., 3° du CESEDA définit le risque de fuite sur la seule base de l'irrégularité du séjour, donc sur le fondement de critères qui ne peuvent être considérés comme objectifs au regard du droit de l'UE (voir *supra*). Ainsi, le caractère subjectif des motifs du placement en rétention, laissant une marge d'appréciation considérable à l'administration, peut conduire en pratique, à un recours quasi-systématique à cette mesure coercitive. Partant, plutôt que de hiérarchiser les mesures en recourant d'abord à l'assignation à résidence et, à défaut, à la rétention, le nouveau texte aboutit à permettre à l'administration d'opérer un choix entre ces deux mesures<sup>174</sup>. Cette perméabilité entre les deux régimes est accentuée par la possibilité conférée par le projet de loi (articles 20 et 22) aux préfets :

- de placer en rétention, pour les mêmes motifs, une personne initialement assignée à résidence ne présentant plus de garanties de représentation effectives (article L. 561-2 I. alinéa 11 nouveau du CESEDA<sup>175</sup>) ;
- d'assigner à résidence une personne libérée d'un centre de rétention administrative, sauf lorsque cette mesure est annulée par le juge administratif (nouvel alinéa dernier de l'article L. 554-3 du CESEDA<sup>176</sup>).

65. Au regard de ce qui précède, la CNCDH estime que les nouvelles dispositions banalisent les restrictions à la liberté individuelle par l'interchangeabilité de l'assignation à résidence et de la rétention administrative<sup>177</sup>. Rappelant fortement que toute personne étrangère doit, en principe, demeurer libre de ses mouvements, elle recommande une meilleure définition des motifs du placement en rétention de manière à garantir la gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision d'éloignement, « *gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé (...) à des*

<sup>172</sup> Dans ce sens, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Nils Muiznieks), *op. cit.*, p. 39.

<sup>173</sup> CNCDH 26 juin 2014, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation)*, JORF n° 0156 du 8 juillet 2014, texte n° 92, §§ 2-3 et §§ 34-37.

<sup>174</sup> Dans ce sens K. Parrot (GISTI), *Audition du 6 novembre 2014* ; L. Blisson (SM) et P. Henriot (SM), *Audition du 6 janvier 2015* ; C. Harrison (FTDA), *Audition du 5 février 2015* ; ADDE, ANAFE, FASTI, GISTI, La Cimade, LDH, collectif MOM, SAF et Syndicat de la Magistrature, *Analyse collective, op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>175</sup> Article L. 561-2 I. alinéa 11 nouveau du CESEDA : « *Lorsqu'il apparaît qu'un étranger assigné à résidence en application du présent article ne présente plus de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au 3° du II de l'article L. 511-1, notamment parce qu'il n'a pas respecté les prescriptions liées à l'assignation à résidence ou qu'à l'occasion de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement il a pris la fuite ou opposé un refus, les dispositions de l'article L. 551-1 sont applicables* ».

<sup>176</sup> Nouvel alinéa dernier de l'article L. 553-3 du CESEDA : « *Dans tous les cas, les dispositions de l'article L. 561-2 peuvent être appliquées* ».

<sup>177</sup> Dans ce sens, voir également ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, p.44.

mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes »<sup>178</sup>. Enfin, pour la CNCDH, les décisions d'assignation à résidence ou de placement en rétention doivent être spécialement motivées, afin de permettre un contrôle efficace du juge<sup>179</sup>.

## 2. Réduire la durée légale de la rétention administrative

66. Le projet de loi ne modifie pas la durée maximale de la rétention administrative qui est actuellement de 45 jours. Toute privation de liberté voit sa légalité subordonnée, tant dans la jurisprudence constitutionnelle<sup>180</sup> qu'européenne<sup>181</sup>, à sa stricte nécessité au regard de l'objectif poursuivi, qui est, s'agissant du placement des étrangers en centre de rétention, leur éloignement du territoire. Si la jurisprudence constitutionnelle n'a pas fixé la durée maximale du délai de privation de liberté, elle exige toutefois « une durée qui ne saurait excéder un délai raisonnable »<sup>182</sup>. Celle-ci doit s'apprécier après un examen individuel de la situation. La CNCDH exprime sa plus vive inquiétude face à l'allongement constant, depuis son institution, de la durée d'enfermement. Elle relève à cet égard que le Conseil constitutionnel a censuré en 1986 et en 1993 la prolongation au-delà de six jours, pour trois jours supplémentaires, du placement en centre de rétention<sup>183</sup>, tandis que le Conseil d'Etat a estimé pour sa part, en 1997, qu'une durée portée à quinze jours était excessive<sup>184</sup>. Si d'autres allongements n'ont en revanche pas donné lieu à censure, la CNCDH n'en déplore pas moins le maintien implicite par le projet de loi de la durée maximale à 45 jours dès lors qu'aucune nécessité impérieuse ne parait la justifier. En effet, il est établi depuis plusieurs années que la durée utile de rétention, au-delà de laquelle l'exécution de la mesure d'éloignement devient hypothétique, se situe dans une fourchette de 10 à 15 jours<sup>185</sup>. Par voie de conséquence, en considération de la valeur éminente que l'on doit accorder à la liberté individuelle de quiconque, le sacrifice imposé à la liberté individuelle de l'étranger est disproportionné par rapport au gain escompté, à savoir un éloignement effectif que l'on sait par expérience compromis à mesure que la rétention perdure, voire s'éternise<sup>186</sup>. Pour toutes

<sup>178</sup> Dans ce sens CJUE 28 avril 2012, *El Dridi c. Italie*, *op. cit.*, § 41.

<sup>179</sup> Dans ce sens A. Lecourbe (CGLPL), *Audition du 13 janvier 2015*.

<sup>180</sup> Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC.

<sup>181</sup> Cour EDH 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 17/1995/523/609.

<sup>182</sup> Cons. const. 25 février 1992, n° 92-306 DC.

<sup>183</sup> Cons. const. 3 septembre 1986, n° 86-216 DC.

<sup>184</sup> Avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi Chevènement du 15 octobre 1997, *in* : P. Weil, *Rapport de la mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Documentation française 1997 p. 108.

<sup>185</sup> A. Lecourbe (CGLPL), *Audition du 13 janvier 2015*, qui relate qu'environ 10 % des rétentions sont utiles après 11 jours, la plupart des décisions d'éloignement étant exécutées au cours des 4 premiers jours de rétention ; ASSFAM, Forum réfugiés-Cosi, FTDA, La Cimade, Ordre de Malte France, *Centres et locaux de rétention administrative. Rapport 2013*, Paris 2014, p. 17 qui précisent que dans l'hexagone, 65 % des personnes retenues sont éloignées dans les dix premiers jours en 2013. Ensuite, plus la rétention est longue, plus elle devient douloureuse pour ceux qui la subissent et inefficace en terme de reconduite à la frontière. Ainsi, 1587 personnes ayant subi plus de 40 jours d'enfermement ont été recensées. Or, entre le 40<sup>ème</sup> et le 45<sup>ème</sup> jour, seules 263 d'entre elles ont été expulsées. L'augmentation de la durée maximale de rétention de 32 à 45 jours a donc eu pour principal effet de priver plus longtemps les personnes de leur liberté, sans pour autant augmenter significativement le nombre de reconduites à la frontière. Ces treize jours supplémentaires qui pèsent lourd pour les personnes visées, ne permettent donc de réaliser que 4 % d'expulsions en plus ! Ce phénomène est connu depuis plusieurs années (voir déjà P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, *op. cit.*).

<sup>186</sup> O. Lecucq, « Le cadre constitutionnel de la rétention administrative », *op. cit.*, pp. 162-164 ; O. Lecucq, « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *AJDA* 2011, p. 1936. Pour un constat identique en Belgique, voir M. Bietlot, « Le camp, révélateur d'une politique inquiétante de l'étranger », *Cultures et Conflits* n° 57 (2005), pp. 221-250.

ces raisons, la CNCDH recommande, à l'instar du Contrôleur général des lieux de privation de liberté<sup>187</sup>, une réduction de la durée légale de rétention administrative.

67. Enfin, la réitération des placements en rétention d'une même personne peut avoir des conséquences particulièrement néfastes sur son état de santé<sup>188</sup>. Pour la CNCDH, un encadrement de cette pratique et une meilleure prise en compte par l'administration des raisons ayant conduit à l'échec de l'éloignement d'une personne lors d'un précédent placement en rétention permettraient de limiter ces situations répétées de privation de liberté.

### 3. Supprimer les locaux de rétention administrative

68. Aux termes de l'article R. 551-3 du CESEDA, les étrangers peuvent être placés dans des locaux de rétention administrative lorsque, en raison de circonstances particulières, notamment de temps et de lieu, ils ne peuvent être immédiatement conduits dans un centre de rétention administrative<sup>189</sup>.
69. En 2013, ce sont 3 309 personnes qui ont été placées dans de tels locaux, dont 223 mineurs<sup>190</sup>. Pourtant, ces derniers sont, en l'état actuel du droit, personnellement protégés contre les mesures d'éloignement (article L. 511-4, 1° du CESEDA) et ne doivent, pour cette raison, être placés en rétention. Toutefois, si leurs parents font l'objet d'une mesure d'éloignement, ils peuvent être éloignés<sup>191</sup> et privés de liberté<sup>192</sup> avec eux. Dans un tel cas de figure, la rétention ne peut être exécutée que dans un centre de rétention et non dans des locaux de rétention administrative (article R. 553-3 dernier alinéa du CESEDA)<sup>193</sup>. Ainsi, la présence dans de tels locaux de mineurs étrangers - qu'ils soient isolés ou accompagnés - caractérise une violation flagrante des dispositions précitées du CESEDA. A cela s'ajoute une atteinte grave à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant excluant la possibilité d'une telle privation de liberté.
70. Par ailleurs, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a utilement relevé dans son *Rapport d'activité* de 2013 que « *Contrairement aux centres de rétention administrative, les locaux de rétention administrative ne sont pas pourvus d'un règlement intérieur. Pour les premiers, l'article R. 553-4 du CESEDA prévoit un tel règlement, afin d'organiser « la vie quotidienne, dans des conditions conformes à la dignité et à la sécurité de ses occupants ».* Pour les locaux, rien de tel n'est prévu. On

<sup>187</sup> Dans ce sens Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), *Rapport d'activité 2013*, Dalloz 2014, p. 24, qui propose de diminuer la durée maximale de rétention administrative à 32 jours.

<sup>188</sup> Voir ASSFAM, Forum réfugiés-Cosi, FTDA, La Cimade, Ordre de Malte France, *Centres et locaux de rétention administrative. Rapport 2010*, Paris 2011, pp. 59-60 ; The A Face of the Story Project, *Point of no Return. The futile Detention of unreturnable Migrants*, Els Keytsman 2014, pp. 57-60.

<sup>189</sup> Article R. 551-3 du CESEDA : « *Lorsqu'en raison de circonstances particulières, notamment de temps ou de lieu, des étrangers mentionnés à l'article R. 551-2 ne peuvent être placés immédiatement dans un centre de rétention administrative, le préfet peut les placer dans des locaux adaptés à cette fin, dénommés " locaux de rétention administrative " régis par les articles R. 553-5 et R. 553-6.*

*Les étrangers peuvent être maintenus dans ces locaux pendant une durée n'excédant pas quarante-huit heures. Toutefois, en cas de recours contre la mesure d'éloignement ou le placement en rétention administrative sur lequel il doit être statué dans les délais prévus au III de l'article L. 512-1, s'il n'y a pas de centre de rétention administrative dans le ressort du tribunal administratif, l'étranger peut être maintenu dans le local jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le recours.*

*A Mayotte, les étrangers peuvent être maintenus dans ces locaux pendant une durée n'excédant pas vingt-quatre heures ».*

<sup>190</sup> ASSFAM, Forum réfugiés-Cosi, FTDA, La Cimade, Ordre de Malte France, *Rapport 2013*, *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>191</sup> CE 10 mars 1999, n° 199049.

<sup>192</sup> CE 12 juin 2006, n° 282275.

<sup>193</sup> Pour plus de détails, voir F. Jault-Seseke, S. Corneloup et S. Barbou des Places, *op. cit.*, n° 801, p. 609.

*doit d'autant plus le regretter que le contrôle général a constaté que, pour beaucoup de fonctionnaires, le risque est grand d'assimiler la rétention à la garde à vue »<sup>194</sup>.*

71. Les exigences quant à l'aménagement et à l'équipement sont également moins élevées dans les locaux de rétention administrative, dès lors que les dispositions de l'article R. 553-3 du CESEDA<sup>195</sup> n'y sont pas applicables. Le rapport précité du CGLPL précise que « *La liste des éléments matériels dont doivent disposer les locaux de rétention administrative, telle qu'elle figure à l'article R. 553-6 du code, est insuffisante. Conformément aux recommandations internationales, elle doit inclure la possibilité pour chaque retenu de disposer d'un accès à l'air libre au moins une fois par jour. De surcroît, les équipements prévus sont loin d'être toujours fournis. Dans un local dont le rapport de visite a été envoyé au ministre en 2013, il n'existait aucune pièce pour recevoir un éventuel avocat : les entretiens étaient prévus dans la chambre ; or, celle-ci, collective, n'autorisait que très difficilement la confidentialité des échanges »<sup>196</sup>. Dans ces conditions, la réglementation actuelle ne permet pas de garantir pleinement la dignité des conditions d'hébergement dans les locaux de rétention administrative.*

<sup>194</sup> CGLPL, *Rapport d'activité 2013*, op. cit., p. 14.

<sup>195</sup> Article R. 553-3 du CESEDA : « *Les centres de rétention administrative, dont la capacité d'accueil ne pourra pas dépasser cent quarante places, offrent aux étrangers retenus des équipements de type hôtelier et des prestations de restauration collective. Ils répondent aux normes suivantes :*

*1° Une surface utile minimum de dix mètres carrés par retenu comprenant les chambres et les espaces librement accessibles aux heures ouvrables ;*

*2° Des chambres collectives non mixtes, contenant au maximum six personnes ;*

*3° Des équipements sanitaires, comprenant des lavabos, douches et w.-c., en libre accès et en nombre suffisant, soit un bloc sanitaire pour dix retenus ;*

*4° Un téléphone en libre accès pour cinquante retenus ;*

*5° Des locaux et matériels nécessaires à la restauration conformes aux normes prévues par un arrêté conjoint du ministre de l'agriculture, du ministre de la défense, du ministre chargé de la santé et du ministre chargé des petites et moyennes entreprises, du commerce et de l'artisanat ;*

*6° Au-delà de quarante personnes retenues, une salle de loisirs et de détente distincte du réfectoire, dont la superficie est d'au moins cinquante mètres carrés, majorée de dix mètres carrés pour quinze retenus supplémentaires ;*

*7° Une ou plusieurs salles dotées d'équipement médical, réservées au service médical ;*

*8° Un local permettant de recevoir les visites des familles et des autorités consulaires ;*

*9° Le local mentionné à l'article R. 553-7, réservé aux avocats ;*

*10° Un local affecté à l'organisme mentionné à l'article R. 553-13 ;*

*11° Un local, meublé et équipé d'un téléphone, affecté à l'association mentionnée au premier alinéa de l'article R. 553-14 ;*

*12° Un espace de promenade à l'air libre ;*

*13° Un local à bagages.*

*Les centres de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles disposent en outre de chambres spécialement équipées, et notamment de matériels de puériculture adaptés.*

*Pour une durée de trois ans à compter de la publication du décret n° 2014-527 du 23 mai 2014 portant modification du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire) en ce qui concerne Mayotte, Wallis-et-Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie, les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables à Mayotte.*

*Les centres de rétention administrative situés dans ce département, dont la capacité d'accueil ne pourra dépasser cent quarante places, doivent disposer de locaux et d'espaces aménagés notamment d'équipements sanitaires, permettant d'assurer l'hébergement, la restauration et la détente des étrangers, le bénéfice des soins qui leur sont nécessaires et l'exercice effectif de leurs droits par les intéressés.*

*Les centres de rétention doivent notamment disposer des équipements suivants :*

*1° Des lieux d'hébergement non mixtes ;*

*2° Des équipements sanitaires en libre accès ;*

*3° Un espace de promenade à l'air libre ;*

*4° Un local doté du matériel médical réservé au service médical ;*

*5° Un local meublé et équipé d'un téléphone mis de façon permanente à la disposition des personnes qui ont reçu du représentant de l'Etat à Mayotte l'agrément mentionné à l'article R. 553-14-1.*

*Les centres de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles disposent en outre de lieux d'hébergement séparés, spécialement équipés ».*

<sup>196</sup> CGLPL, *Rapport d'activité 2013*, op. cit., p. 14.



72. Les conditions matérielles de l'accompagnement social et juridique sont également défailtantes. Aucun dispositif d'aide à l'exercice des droits n'est organisé et financé par l'Etat, comme c'est le cas dans les centres de rétention administrative. Le recours à un avocat ou au soutien d'une association conventionnée s'avère en pratique particulièrement difficile. Une violation de l'article 13 de la CESDH est à craindre.
73. Au vu de la multiplicité et de la gravité des atteintes portées aux droits des étrangers dans les locaux de rétention administrative, la CNCDH en recommande la suppression. Elle rappelle au demeurant que les centres de rétention sont suffisamment nombreux sur le territoire, avec un maillage géographique suffisamment dense, pour permettre cette évolution du droit positif dans le cadre des décrets d'application de la réforme du droit des étrangers.

#### 4. Améliorer le régime de l'assignation à résidence

- a. Mettre fin au rôle ambigu du juge des libertés et de la détention (JLD)

74. L'article 22 du projet de loi prévoit d'intégrer dans le CESEDA un article L. 561-2 II., dont les deux premiers alinéas sont ainsi rédigés : « *En cas d'impossibilité d'exécution d'office de la décision d'éloignement résultant de l'obstruction volontaire de l'étranger assigné à résidence (...) l'autorité administrative peut demander au juge des libertés et de la détention de l'autoriser à requérir les services de police ou de gendarmerie pour qu'ils pénètrent au domicile de l'étranger afin de s'assurer de sa présence et de le reconduire à la frontière ou, si le départ n'est pas possible immédiatement, lui notifient une décision de placement en rétention. Le juge des libertés et de la détention saisi par requête statue dans les vingt-quatre heures. A peine de nullité, sa décision est motivée. Le juge s'assure du caractère exécutoire de la décision d'éloignement que la mesure vise à exécuter et de l'obstruction volontaire de l'étranger à l'exécution de la mesure d'éloignement, dûment constatée par l'autorité administrative résultant notamment de ce que l'étranger n'a pas répondu à sa demande de présentation pour les nécessités de l'exécution de la mesure d'éloignement* ». Cette compétence nouvelle et spécifique du JLD devrait avoir des incidences considérables sur l'organisation des permanences de ce magistrat et des greffes. Or *l'Etude d'impact* est silencieuse sur ces aspects opérationnels. Au-delà de ces questions pratiques, la CNCDH se doit d'exprimer ses plus vives réserves à l'endroit des nouvelles dispositions pour plusieurs raisons.
75. En premier lieu, en vérifiant le caractère exécutoire de l'OQTF, le JLD porte nécessairement une appréciation sur la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique soumise au contrôle exclusif du juge administratif. Il y a donc empiètement du JLD sur les prérogatives du juge administratif<sup>197</sup>, telles qu'elles découlent de la Constitution de 1958.
76. En deuxième lieu, la CNCDH est très réservée à l'égard d'une telle procédure d'ordonnance sur requête, non contradictoire. L'autorisation sera donnée par le JLD sur les seules affirmations de l'administration. Aussi est-il permis de se demander comment ce magistrat pourra s'assurer de l'obstruction volontaire de l'étranger à l'exécution de la mesure d'éloignement, sans que ce dernier soit mis à même de formuler ses observations<sup>198</sup>. En raison de cette inégalité des armes, il est à craindre que l'intervention du JLD ne soit totalement inefficace et ne permette pas de se prémunir d'une violation de l'article 8 de la CESDH garantissant le droit à la vie privée.

<sup>197</sup> Dans ce sens N. Leclerc-Garret (USM) et M.-J. Ody (USM), *Audition du 13 janvier 2015*.

<sup>198</sup> L. Blisson (SM) et P. Henriot (SM), *Audition du 6 janvier 2015*.

77. En troisième lieu, le nouvel alinéa 3 de l'article L. 561-2 II. dispose que « *l'ordonnance ayant autorisé la visite est (...) notifiée sur place à l'étranger dans une langue qu'il comprend, ou à défaut à l'occupant des lieux qui en reçoit copie intégrale contre récépissé* ». Pour la CNCDH le droit au recours effectif - qui exige que la notification de la décision soit toujours faite à la personne dans une langue qu'elle maîtrise - pourrait être violé.

78. En quatrième et dernier lieu, la CNCDH déplore que le délai d'appel ne soit pas précisé dans le projet de loi et que l'appel de la décision rendue par le JLD ne soit pas suspensif (dernier alinéa du nouvel article L. 561-2 II. du CESEDA<sup>199</sup>). Elle y voit un risque de violation des exigences relatives au recours effectif (article 13 de la CESDH).

79. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande la suppression des dispositions de l'article 22 du projet de loi.

b. Prévoir un accompagnement social et juridique des étrangers assignés à résidence

80. Le projet de loi n'aborde pas la question de l'accompagnement social et juridique des personnes étrangères assignées à résidence, qui doivent notamment pouvoir accéder aux associations et aux avocats<sup>200</sup>. Pour la CNCDH, l'accès au droit et à l'information ne saurait être entravé, tout comme le droit au recours effectif (article 13 de la CESDH). Dans ces conditions, il pourrait être envisagé de diriger, par le biais d'un imprimé-type, les étrangers assignés à résidence vers les permanences juridiques et associatives organisées dans les maisons de justice et du droit ou au sein des points d'accès au droit<sup>201</sup>. Il est également essentiel que les pouvoirs publics s'assurent des moyens dont disposent ces permanences, afin d'être en mesure d'apporter au nombre croissant d'étrangers assignés à résidence un accompagnement juridique spécialisé et rapide, eu égard aux délais de recours (voir *supra*).

##### **5. Redonner au juge judiciaire ses prérogatives constitutionnelles en garantissant son intervention dans un délai très court, en cas de rétention**

81. Le projet de loi ne modifie pas le moment de l'intervention du JLD fixé à l'issue des 5 premiers jours de rétention depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* (article L. 552-1 du CESEDA). En vertu de l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, la rétention administrative doit, pour le Conseil constitutionnel, être placée « *sous le contrôle du juge* ». Il s'agit là d'une garantie fondamentale de la liberté individuelle visant à éviter « *un internement arbitraire* »<sup>202</sup>. Sur le fondement de l'article 5 de la CESDH, la Cour européenne partage la même analyse<sup>203</sup>. Le respect du droit à la sûreté, c'est-à-dire le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté, qui constitue le premier droit de l'homme, impose donc une garantie judiciaire. Le contrôle du juge judiciaire doit intervenir « *dans le plus court délai possible* »<sup>204</sup> ou « *dans les meilleurs délais* »<sup>205</sup>. Dans le même sens, l'article 15 de la directive « Retour » prévoit

---

<sup>199</sup> Dernier alinéa du nouvel article L. 561-2 II. : « *Les ordonnances mentionnées au présent article par lesquelles le juge des libertés et de la détention statue sur la demande de l'autorité administrative sont susceptibles d'appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué qui est saisi sans forme et doit statuer dans les quarante-huit heures de sa saisine. L'appel n'est pas suspensif* ».

<sup>200</sup> Dans ce sens S. Slama, *Audition du 5 novembre 2014* ; K. Parrot (GISTI), *Audition du 6 novembre 2014* ; A. Lecourbe (CGLPL), *Audition du 13 janvier 2015*.

<sup>201</sup> Dans ce sens K. Parrot (GISTI), *Audition du 6 novembre 2014*.

<sup>202</sup> Cons. const. 9 janvier 1980, n° 79-109 DC.

<sup>203</sup> Cour EDH 25 juillet 1996, *Amuur c. France*, *op. cit.*

<sup>204</sup> Cons. const. 9 janvier 1980, n° 79-109 DC.

<sup>205</sup> Cons. const. 25 février 1992, n° 92-307 DC.

que le contrôle du juge « *doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention* ». Plus précisément, le Conseil constitutionnel, avant d'entériner la situation actuelle<sup>206</sup>, avait jugé qu'il est satisfait à l'exigence de brièveté du délai par un délai de 48 heures, mais non par un délai de sept jours<sup>207</sup>, marquant bien le caractère dérogatoire de cette mesure au regard du principe général de contrôle judiciaire de toute privation de liberté. De son côté, dans son rapport au Premier ministre, le député Fekl avait formulé trois préconisations dans le but de « *remettre en place un contrôle juridictionnel effectif (...) dans un délai très bref après le début de la rétention* »<sup>208</sup>. Aucune de ces préconisations n'a été adoptée dans le projet de loi. Dans ces conditions, la CNCDH estime que la rédaction actuelle de l'article L. 552-1 du CESEDA est totalement insatisfaisante<sup>209</sup> en ce qu'elle maintient ce délai de 5 jours et ce d'autant plus que le JLD doit s'assurer que l'étranger a bien été informé de l'intégralité de ses droits et mis en mesure de les exercer<sup>210</sup>. C'est pourquoi, elle recommande une nouvelle fois très fermement que le contrôle du juge judiciaire intervienne, au plus tard, à l'issue de 48 heures de rétention<sup>211</sup>.

82. Par ailleurs, l'argument selon lequel le contrôle du juge judiciaire est un obstacle à l'efficacité de la politique migratoire ne saurait constituer une justification acceptable au regard de la gravité d'une mesure privative de liberté. Il revient à postuler que l'Etat de droit lui-même, que le juge judiciaire a pour mission de faire respecter, nuit à l'efficacité de la politique migratoire. Pour la CNCDH, le contrôle par le juge judiciaire est essentiel. Son report en 2011 à l'issue du 5<sup>ème</sup> jour constitue un véritable recul : depuis cette date, de nombreux étrangers peuvent, pendant les 5 premiers jours de rétention, être reconduits à la frontière alors même qu'ils ont fait l'objet d'une procédure irrégulière. Le rapport Fekl établit clairement que le contrôle du respect des droits s'est effondré : le pourcentage de personnes éloignées avant déferrement devant le JLD est passé, dans l'hexagone, de 12 % en 2011 à 62 % en 2012<sup>212</sup>. Il s'élève pour cette dernière année à 96 % dans les outre-mer. Des atteintes aussi graves à la liberté individuelle, dont les conséquences sont d'une gravité exceptionnelle, ne sauraient, dans un Etat de droit, être soustraites à tout contrôle judiciaire effectif. A cela s'ajoute le constat que la rétention administrative est la première étape des mesures d'éloignement qui entraînent bien souvent pour ceux qui les subissent, un arrachement brutal à leur environnement professionnel, affectif, familial, social ainsi que le retour non préparé vers un pays où ils ne trouveront aucun accueil. La CNCDH y voit un risque d'atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale garanti notamment par l'article 8 de la CESDH.
83. Enfin, la CNCDH constate que l'étranger en séjour irrégulier dispose de moins de garanties que tout suspect, y compris du plus grave des crimes. Celui-ci, dès qu'il est placé en garde-à-vue, voit cette mesure contrôlée par le procureur de la République qui se prononce sur sa prolongation au-delà de 24 heures. La décision de porter la privation de liberté au-delà de 48 heures, est autorisée par un magistrat du siège, le JLD. La CNCDH estime que l'on devrait remédier à cette atteinte au principe d'égalité, en offrant à l'étranger retenu des garanties voisines de celles octroyées à un suspect gardé à vue.

<sup>206</sup> Cons. const. 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, qui a, de manière extrêmement critiquable, validé l'intervention du JLD à l'issue du 5<sup>ème</sup> jour de rétention en rappelant que le Parlement peut toujours modifier les lois précédentes, sous réserve que « *dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garantie légale les exigences constitutionnelles* ».

<sup>207</sup> Cons. const. 9 janvier 1980, *op. cit.* ; Cons. const. 22 avril 1997, n° 97-389 DC.

<sup>208</sup> M. Fekl, *op. cit.*, p. 46, proposition n° 18.

<sup>209</sup> Dans ce sens voir déjà CNCDH 5 juillet 2010, *Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité*, *op. cit.*, §§ 12-15.

<sup>210</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 1<sup>er</sup> juillet 2009, n° 08-11846.

<sup>211</sup> CNCDH 5 juillet 2010, *Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la solidarité*, *op. cit.*, §§ 12-14 ; CNCDH 28 novembre 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun*, *op. cit.*, § 74.

<sup>212</sup> M. Fekl, *op. cit.*, pp. 42-56. Dans le même sens Observatoire de l'enfermement des étrangers, *op. cit.*, p. 20.

## 6. Permettre un contrôle approfondi de l'autorité judiciaire

84. Le projet de loi ne modifie pas l'article L. 552-13 du CESEDA<sup>213</sup> qui restreint le périmètre du contrôle du JLD en ne lui permettant de prononcer une libération pour des motifs de procédure que si « *l'irrégularité a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger* ». En d'autres termes, tout manquement à une règle de procédure n'entraîne pas une remise en liberté<sup>214</sup>. Plus précisément, la CNCDH se doit de réitérer son total désaccord quant à cette limitation des pouvoirs du JLD, le texte précité prévoyant que seuls les vices de procédure présentant un caractère substantiel entraînent l'annulation de la décision privative de liberté (placement en zone d'attente et en centre de rétention administrative). S'agissant d'un contrôle de la régularité d'une procédure ayant mené à une privation de liberté, la CNCDH rappelle que cette procédure touchant aux droits les plus fondamentaux, le vice de procédure doit s'analyser *in concreto* et au regard des conséquences que ce manquement a produites pour les droits de l'étranger<sup>215</sup>.

## 7. Maintenir le principe d'un double recours juridictionnel

85. Une première version du projet de loi envisageait d'attribuer exclusivement compétence au juge administratif pour apprécier la régularité de l'interpellation, de la retenue ou de la garde à vue de l'étranger « *lorsque ces mesures ont immédiatement précédé la décision de placement en rétention* ». La CNCDH se félicite de l'abandon de cette option dans la version du projet de loi adoptée en Conseil des ministres, qui maintient le *statu quo*, c'est-à-dire le principe d'un double recours juridictionnel<sup>216</sup>.

86. Si la directive « Retour » ne prévoit explicitement aucun partage des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire<sup>217</sup>, la jurisprudence constitutionnelle considère, quant à elle, que la possibilité d'éloigner un étranger est une prérogative de puissance publique relevant d'une procédure administrative et donnant lieu à une ou plusieurs décisions administratives<sup>218</sup> parmi lesquelles le placement en rétention. Celui-ci est donc une mesure de police administrative destinée à préserver l'ordre public et dont le contrôle de la légalité incombe exclusivement au juge administratif<sup>219</sup>. Le juge judiciaire n'intervient, quant à lui, qu'au titre de la privation de liberté (article 66 de la Constitution de 1958) ; s'il devait apprécier la légalité du placement en rétention

---

<sup>213</sup> Article L. 552-13 du CESEDA : « *En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger* ».

<sup>214</sup> V. Tchen, *Droit des étrangers*, 2<sup>ème</sup> éd. Ellipses 2011, p. 133.

<sup>215</sup> Dans ce sens voir déjà CNCDH 5 juillet 2010, *Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité*, *op. cit.*, § 15.

<sup>216</sup> Pour plus de détails sur le partage des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, voir M.-C. Candau-Robert, « Le rôle du juge des libertés et de la détention », *in* : O. Lecucq (dir.), *op. cit.*, pp. 227-240 ; J. Gourdou, « Le contrôle du placement en rétention par le juge administratif », *in* : O. Lecucq (dir.), *op. cit.*, pp. 241-253 ; F. Julien-Laferrière, « La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 255 ; C. Pouly, « Contrôle juridictionnel du placement et du maintien en rétention. Regard critique », *in* : O. Lecucq (dir.), *op. cit.*, pp. 254-267.

<sup>217</sup> Voir M. Gautier, « La rétention en droit de l'Union européenne », *in* : O. Lecucq (dir.), *op. cit.*, pp. 30-31, qui regrette l'absence de précision de la directive « Retour » quant aux garanties procédurales reconnues aux personnes placées en rétention administrative.

<sup>218</sup> Principalement : refus de titre de séjour, refus de départ volontaire, interdiction de retour, OQTF, assignation à résidence ou placement en rétention. Ces différentes décisions peuvent formellement figurer et être notifiées dans un seul et même document.

<sup>219</sup> Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-261 DC, cons. n° 22 et s.

administrative, il violerait le principe de séparation des pouvoirs<sup>220</sup>. Au vu de ces contraintes constitutionnelles<sup>221</sup>, la commission Mazeaud a estimé qu'il serait aventureux de confier au seul JLD ou au seul juge administratif l'intégralité du contrôle des mesures de rétention<sup>222</sup>. L'enchevêtrement des procédures ayant trait au placement en rétention de l'étranger, découlant de l'intervention constitutionnellement garantie des deux ordres de juridiction<sup>223</sup>, l'un pour le contrôle de la légalité des décisions administratives, l'autre pour la sauvegarde de la liberté individuelle, est en réalité une garantie du respect des droits des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement<sup>224</sup>. Pour toutes ces raisons, la CNCDH est favorable au maintien du principe du double recours juridictionnel.

87. Enfin, il convient de rappeler que le recours administratif contre la décision de placement en rétention ne suspend pas l'OQTF<sup>225</sup>. Dans ces conditions, la CNCDH recommande *a minima* que la personne retenue puisse demander au juge administratif la suspension des mesures d'éloignement.

### C. SUPPRIMER LA POSSIBILITE DE DELOCALISER LES AUDIENCES

88. Le projet de loi ne modifie ni l'article L. 222-4 du CESEDA ni l'article L. 512-1 III. du même code permettant la délocalisation des audiences publiques des JLD et juges administratifs dans une salle « *spécialement aménagée sur l'emprise ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire* ».

89. Pour la CNCDH, la pratique des audiences délocalisées ne permet pas un respect effectif de la publicité des audiences (article 6 de la CESDH et 47 de la Charte des droits fondamentaux). La cartographie des lieux rend illusoire cette publicité. Comment permettre l'accès de tous à la salle d'audience, lorsque celle-ci est située dans l'immédiate proximité d'un centre de rétention administrative ou d'une zone d'attente éloignés des centres villes et d'accès peu aisé ? Par exemple, l'accès à la zone d'attente de l'aéroport de Roissy sans transports en commun proches est si difficile et complexe, qu'il est illusoire pour toute personne peu familière de ces lieux de parvenir à s'y rendre facilement<sup>226</sup>.

90. L'exercice des droits de la défense est également entravé (article 6 de la CESDH). Les avocats se heurteront aux mêmes difficultés que le public pour trouver la salle d'audience délocalisée. De plus, la défense des personnes placées en rétention et en zone d'attente dépend en grande partie de l'aide juridictionnelle, dont le montant est faible. Or le coût et le temps des déplacements occasionnés par la délocalisation des audiences rend encore plus dérisoire le montant de cette aide juridictionnelle par rapport au temps et à l'effort fourni par l'avocat. La délocalisation des audiences revient à transférer le coût occasionné par ces déplacements, du ministère de l'intérieur au ministère de la Justice, et aux avocats, au mépris des droits de la défense.

---

<sup>220</sup> Dans ce sens Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 juin 2014, n° 13-23940, qui sanctionne, en se fondant sur le principe de séparation des pouvoirs, la décision d'un JLD qui a apprécié la légalité d'un placement en rétention administrative.

<sup>221</sup> Pour plus de détails, voir O. Lecucq, « Le cadre constitutionnel de la rétention administrative », in : O. Lecucq (dir.), *op. cit.*, pp. 155-169

<sup>222</sup> P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La documentation française 2008.

<sup>223</sup> Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC.

<sup>224</sup> Dans ce sens CNCDH 5 juillet 2010, *Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité*, *op. cit.*, § 13.

<sup>225</sup> CE 4 mars 2013, *Ministre de l'Intérieur*, n° 359428. Voir également V. Tchen, « Effet suspensif des voies de recours et contentieux du départ forcé », *Dr. administratif* n° 5 (mai 2013), comm. n° 35.

<sup>226</sup> Voir La Cimade, *Observations sur le fonctionnement des audiences délocalisées du juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance de Meaux à l'annexe du Mesnil-Amelot*, 14 octobre 2014, pp. 1-2.

91. Par ailleurs, les audiences délocalisées sont une menace pour le droit à un tribunal indépendant et impartial (article 6 de la CESDH), comme l'a très justement relevé le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>227</sup>. Il n'est pas question ici de soupçonner l'impartialité subjective des juges appelés à juger dans de tels lieux. Néanmoins, la très grande proximité des lieux de rétention et de la salle d'audience - parfois une simple porte les sépare -, le fait que les policiers ou gendarmes en charge de ces lieux de privation de liberté seront tout naturellement les mêmes que ceux en charge de la salle d'audience, pourront donner l'apparence d'un manque d'impartialité objective du juge, au sens que la Cour européenne des droits de l'homme donne à ces termes. Cette impartialité implique en effet que « *dans leurs activités judiciaires, notamment aux abords des salles d'audience, les juges et procureurs doivent être soucieux de l'image d'impartialité qu'ils offrent et ne pas apparaître, aux yeux de personnes non averties, dans une relation de trop grande proximité et, moins encore, de complicité* »<sup>228</sup>.
92. Au regard de ce qui précède, la CNCDH estime que la possibilité d'avoir recours à des audiences délocalisées pose d'importants problèmes au regard du droit au procès équitable : les droits de la défense de personnes privées de liberté sont menacés, un risque d'apparente partialité de la part du tribunal existe, et une atteinte au principe de la publicité des débats est certaine. Cela risque de renforcer le caractère dérogoire de la justice des étrangers, ceux-ci n'étant plus jugés avec les mêmes standards que les autres justiciables<sup>229</sup>. Elle recommande instamment la suppression de la possibilité de telles audiences délocalisées<sup>230</sup>.

#### IV. L'OUTRE-MER

##### A. PREVOIR UN RECOURS SUSPENSIF DE PLEIN DROIT CONTRE LES MESURES D'ELOIGNEMENT

93. L'article 16 du projet de loi prévoit à juste titre que lorsque l'étranger forme un référé-liberté, l'OQTF dont il fait l'objet ne peut être exécutée d'office<sup>231</sup>. Ces nouvelles dispositions sont applicables à Mayotte, en Guyane, en Guadeloupe, à Saint Barthélemy et à Saint Martin.
94. A ce jour, les étrangers ne bénéficient d'aucun recours suspensif contre les mesures d'éloignement. La situation est particulièrement dramatique en Guyane et à Mayotte. Dans ces derniers départements, la majorité des mesures d'éloignement y est prise et exécutée en moins de 24 heures<sup>232</sup>. Ce délai est si court que les référés déposés sont plus que rares : en 2013 à Mayotte, seuls 93 des 16 000 étrangers en rétention ont pu former

<sup>227</sup> Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Nils Muiznieks), *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>228</sup> Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Dalloz 2010.

<sup>229</sup> Dans ce sens Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Nils Muiznieks), *op. cit.*, p. 49.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 51. Comp. J. de Guillenschmidt et B. Bacou, *Rapport de mission relatif à la mise en service de l'annexe du TGI de Bobigny sur la zone aéroportuaire de Roissy Charles de Gaulle*, Paris 2013, qui ne voient pas à cet endroit de violation des exigences constitutionnelles et européennes.

<sup>231</sup> Article L. 514-1 nouveau du CESEDA : « *L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office, si l'étranger a saisi le tribunal administratif d'une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, avant que le juge des référés n'ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience publique en application du deuxième alinéa de l'article L. 522-1 du même code, ni avant, si les parties ont été informées d'une telle audience, que le juge n'ait statué sur la demande* ».

<sup>232</sup> ASSFAM, Forum réfugiés-Cosi, FTDA, La Cimade, Ordre de Malte France, *Rapport 2013*, *op. cit.*, p. 26. Voir déjà Cour des comptes, *Rapport annuel 2009*, Paris, juin 2009, p. 74.

un tel recours devant le tribunal administratif<sup>233</sup>. Dans la plupart des cas, le juge ne se prononce qu'après l'éloignement de l'étranger. Cette situation alarmante a été dénoncée par le Défenseur des droits<sup>234</sup> et, plus récemment, par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe<sup>235</sup>. Elle est encore plus préoccupante lorsqu'est concerné un mineur isolé étranger<sup>236</sup>.

95. Il convient de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France en 2012 dans une affaire *De Souza Ribeiro* pour violation de l'article 13 de la CESDH combiné à l'article 8, à propos d'une mesure d'éloignement portant atteinte au droit à la vie privée ou familiale de l'étranger, en exigeant que « *l'État fournisse à la personne concernée une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour 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* »<sup>237</sup>. C'est donc pour se conformer aux exigences européennes que la France a introduit les dispositions rappelées plus haut de l'article 16 du projet de loi.
96. Pour la CNCDH, le nouveau dispositif est insuffisant. Certes le projet de loi prévoit la possibilité de saisir le juge administratif d'un référé-liberté pour obtenir la suspension de la mesure d'éloignement. Mais en pratique, cette possibilité peut être réduite à néant si la mesure d'éloignement est mise à exécution avant la saisine du juge des référés par l'intéressé et sans que celui-ci se voie reconnaître le bénéfice d'un jour franc à compter de la notification de la décision d'éloignement. La CNCDH y voit une violation potentielle mais évidente de l'article 13 de la CESDH.
97. En outre, l'absence d'exécution d'office de l'OQTF est prévue au nouvel article L. 514-1 du CESEDA dans la seule hypothèse d'un référé-liberté. Or, cette voie de recours ne peut qu'aboutir au prononcé par le juge administratif de « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* » en cas « *d'atteinte grave et manifestement illégale* » à celle-ci (article L. 521-2 du code de justice administrative). Elle ne permet donc l'examen de la légalité de la décision d'éloignement que si l'étranger peut faire valoir une atteinte à une liberté fondamentale (comme par exemple le droit au respect de sa vie privée ou familiale ou le droit de demander asile). En l'état actuel du projet de loi, une décision d'éloignement, même irrégulière, peut être exécutée, dans la mesure où l'illégalité constatée ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Partant, la CNCDH déplore, une fois de plus, qu'aucun recours suspensif ne soit introduit en matière de contentieux relatif à la contestation de la légalité de la mesure d'éloignement. Le recours contre la décision d'OQTF étant suspensif de plein droit dans l'hexagone, le régime spécifique de l'outre-mer ne saurait suffire à justifier la différence de traitement contentieux. La CNCDH y voit un risque de discrimination des droits au recours contentieux.

<sup>233</sup> ASSFAM, Forum réfugiés-Cosi, FTDA, La Cimade, Ordre de Malte France, *Rapport 2013, op. cit.*, p. 26.

<sup>234</sup> Voir DDD 17 juillet 2014, *Décision n° MDS/2014-108* : le DDD réitère sa préoccupation à propos du caractère expéditif des procédures d'éloignement à Mayotte anéantissant toute possibilité effective d'une contestation potentielle.

<sup>235</sup> Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Nils Muiznieks), *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>236</sup> En 2014 à Mayotte, un jeune adolescent a été éloigné, alors même qu'un référé-liberté a été introduit dans les heures séparant la décision de son exécution, ce qui a privé le mineur en grand danger d'un examen de sa situation par un juge (CE 19 février 2014, n° 375226).

Pour une présentation synthétique de la jurisprudence, voir C. Escuillie, « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », *La revue des droits de l'homme*. Actualités droits et libertés du 27 février 2015.

<sup>237</sup> Cour EDH 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n° 22689/07.

## B. PREVOIR L'AUTOMATICITE DU JOUR FRANC A MAYOTTE

98. L'article 34 du projet de loi ratifie l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du CESEDA (partie législative). Ce dernier texte ne prévoit pas la possibilité pour l'étranger de demander, en cas de refus d'entrée, le bénéfice d'un jour franc avant refoulement. Au vu du caractère expéditif de l'exécution des décisions d'éloignement<sup>238</sup>, la CNCDH estime qu'il est urgent de consacrer le principe de l'automaticité du jour franc.

## C. SUPPRIMER LES POUVOIRS RENFORCES DE CONTRÔLE DES FORCES DE L'ORDRE AUX FINS D'INTERPELLATIONS

99. L'article 24 du projet de loi prévoit l'extension à la Martinique de pouvoirs exorbitants du droit commun, dont les forces de l'ordre disposent déjà dans d'autres outre-mer. D'une part, il s'agit de leur permettre de contrôler l'identité de toute personne sans éléments liés au comportement individuel et sans réquisitions du procureur de la République. D'autre part, les nouvelles dispositions autorisent la réalisation de visites sommaires de véhicules collectifs (bus, taxis, camions, etc.) pour vérifier la situation administrative des étrangers, avec l'accord du conducteur et, à défaut, sur instruction du ministère public.

100. Les motifs du projet de loi et l'*Etude d'impact*<sup>239</sup> évoquent la nécessaire maîtrise des flux migratoire dans les Caraïbes. Pourtant, la Martinique est peu exposée à l'immigration : les mouvements migratoires y sont stagnants depuis 2010 et même en baisse depuis 2005 (-17%)<sup>240</sup>. A cet égard, la CNCDH rappelle que la Cour européenne de droits de l'Homme a jugé dans l'affaire précitée *De Souza Ribeiro contre France* que la situation géographique d'un département d'outre-mer et la « pression migratoire » subséquente ne peuvent justifier un régime juridique d'exception et des pratiques administratives contraires à la Convention.

101. Aussi, la CNCDH ne peut-elle qu'exprimer ses plus vives réserves à l'égard de ce régime dérogatoire dont la consécration et l'extension ne sont pas compensées par la reconnaissance de garanties procédurales au profit de ceux et celles qui en font l'objet<sup>241</sup>. En effet, il y a tout lieu de craindre que les nouvelles dispositions ne permettent une « traque permanente » des étrangers présumés en situation irrégulière en dehors de tout contrôle juridictionnel et sur la quasi-totalité du territoire, tant la zone géographique concernée est étendue<sup>242</sup>. Les auditions conduites à la CNCDH ont d'ailleurs clairement établi que c'est déjà le cas à Mayotte et en Guyane. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande la suppression du régime dérogatoire et donc la suppression de son extension à la Martinique. Elle est favorable à la mise en place d'un système qui encadre « la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont disposent » les autorités de police « dans l'application pratique de ladite compétence »<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> Voir *supra*.

<sup>239</sup> *Etude d'impact*, p. 83

<sup>240</sup> Comité interministériel de contrôle de l'immigration (CICI), *Les étrangers en France*, *op. cit.*, p. 210. Voir également ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, pp. 51-52.

<sup>241</sup> ADDE-ANAFE-FASTI-GISTI-La Cimade-LDH-MOM-SAF-SM, *op. cit.*, p. 51.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> CJUE 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, req. n° C-188/10 et C-189/10.



## EN CONCLUSION,

102. Il est utile de rappeler que « *le droit ne se résume pas à un ensemble de règles destinées à encadrer les comportements des uns et des autres, mais qu'il est aussi phénomène de discours, influant à ce titre sur les représentations collectives* »<sup>244</sup>. Ainsi, le CESEDA « *diffuse, à la fois auprès des étrangers et auprès des Français, une certaine image de l'étranger, une certaine idée de la place de l'étranger dans la société française et des droits respectifs des étrangers et des nationaux. Il contribue ce faisant à persuader chacun du caractère inéluctable de la situation créée par les textes* »<sup>245</sup>. Le projet de loi a-t-il définitivement rompu avec l'image hypertrophiée d'un étranger cherchant toujours à pénétrer et à se maintenir illégalement en France, à faire venir sa famille illégalement, en s'efforçant d'utiliser frauduleusement toutes les ressources de la législation pour rester en France et profiter de l'Etat providence ? Même si la CNCDH n'a pas la naïveté de croire que ces comportements ne surviennent jamais, la réponse à cette question est malheureusement négative, tant l'accent est mis sur le renforcement des dispositifs de contrôle, sur les exceptions au détriment de la proche famille pour l'accès au séjour pluriannuel, sur la multiplication des références à l'ordre public, sur le renforcement de l'efficacité des mesures d'éloignement et la marginalisation du contrôle du juge judiciaire des mesures de privation de liberté. A cela s'ajoute le constat que l'un des objectifs du projet de loi est de renforcer la capacité de l'administration à éloigner. Pour autant, le premier objectif ne devrait-il pas être de renforcer les garanties dans la manière dont on éloigne ? A cet égard, le projet de loi comporte tout de même un certain nombre d'avancées qu'il convient de saluer.

---

<sup>244</sup> D. Lochak, *Face aux migrants...*, op. cit., p. 65.

<sup>245</sup> D. Lochak, « L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration », op. cit., p. 36.

## SYNTHESE DES PRINCIPALES RECOMMANDATIONS

**Recommandation n° 1** : La CNCDH recommande l'urgente simplification de la législation relative au droit des étrangers.

**Recommandation n° 2** : La CNCDH recommande d'améliorer le dispositif du contrat d'accueil et d'intégration en supprimant du projet de loi - ou au moins en clarifiant - les notions vagues telles celles « d'intégration dans la société française » ou de « rejet des valeurs de la République », qui présentent un risque non négligeable de subjectivité, voire d'arbitraire, préjudiciable à l'appréciation impartiale d'une demande de titre de séjour.

**Recommandation n° 3** : La CNCDH recommande que le projet de loi et les décrets d'application à venir encadrent strictement la définition des démarches personnalisées que l'étranger doit accomplir dans le cadre d'un contrat d'accueil et d'intégration. Les modalités de leur contrôle doivent également être rigoureusement définies.

**Recommandation n° 4** : La CNCDH recommande que l'appréciation de l'assiduité aux formations dispensées dans le cadre d'un contrat d'accueil et d'intégration se fasse au regard de la situation concrète de chaque étranger sollicitant un titre de séjour. S'agissant de l'exigence relative au niveau de connaissance de la langue française, la CNCDH recommande *a minima* de prévoir des exceptions, notamment pour les personnes de plus de 65 ans.

**Recommandation n° 5** : La CNCDH recommande la réalisation d'une évaluation de la pertinence et de l'efficacité du contrat d'accueil et d'intégration. Une politique d'accueil digne de ce nom impose de considérer la stabilité du séjour comme un facteur favorisant l'intégration et non plus le droit au séjour comme une récompense de l'intégration.

**Recommandation n° 6** : La CNCDH recommande d'initier une réflexion sur le retour au principe de la délivrance d'une carte de résident de plein droit d'une durée de 10 ans, tel qu'il avait été introduit par la loi du 17 juillet 1984.

**Recommandation n° 7** : La CNCDH recommande de supprimer les dérogations relatives aux conjoints de Français et aux parents d'enfants français.

**Recommandation n° 8** : La CNCDH recommande de revoir les dérogations relatives aux étrangers malades :

- en supprimant l'alignement de la durée du titre sur la durée prévisible des soins ;
- en confiant l'évaluation médicale à un collège de médecins dépendant exclusivement du ministère de la santé ;
- en rappelant que l'évaluation médicale doit donner lieu à un avis motivé afin de faciliter le contrôle du juge administratif, les appréciations stéréotypées, notamment sous forme de croix, étant à proscrire.

**Recommandation n° 9** : La CNCDH recommande la suppression des dispositions du projet de loi précarisant la situation des étrangers salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée.

**Recommandation n° 10** : La CNCDH recommande de pérenniser le séjour des personnes étrangères victimes d'un accident du travail ou encore d'une maladie professionnelle, entre la date de déclaration (de l'accident ou de la maladie) et la date de consolidation.

**Recommandation n° 11** : La CNCDH recommande *a minima* de pérenniser le séjour des parents d'un enfant malade.

**Recommandation n° 12** : La CNCDH recommande que les victimes de la traite puissent bénéficier de la délivrance d'un titre pluriannuel de plein droit, sans passer au préalable par celle d'une carte temporaire. A défaut, elle recommande *a minima* que la délivrance des cartes de séjour temporaire ne soit plus laissée à la discrétion de l'administration, comme c'est actuellement le cas dans le CESEDA. Ces dernières cartes doivent être délivrées de plein droit.

**Recommandation n° 13** : La CNCDH recommande la rédaction d'une disposition générale permettant à l'étranger de changer de statut, dès lors qu'il remplit les conditions d'un nouveau statut, sans exiger la délivrance préalable d'un nouveau titre temporaire.

**Recommandation n° 14** : La CNCDH recommande la suppression des articles 8 et 25 du projet de loi qui autorisent une surveillance permanente et généralisée des étrangers par les préfetures en permettant à celles-ci d'accéder très largement aux fichiers et informations, ainsi que de contrôler, à tout moment, la situation des étrangers bénéficiaires d'un titre de séjour en cours de validité. A défaut de suppression des nouvelles dispositions, la CNCDH recommande *a minima* leur amélioration par :

- la définition des critères légaux objectifs fixant les modalités de contrôle de l'administration ;
- l'organisation d'une procédure contradictoire au profit de l'étranger faisant l'objet de mesures d'investigation ;
- la définition des règles relatives à la charge de la preuve, celle-ci devant incomber à l'administration.

**Recommandation n° 15** : La CNCDH recommande de mieux définir le régime juridique du droit de communication de l'article 25 du projet, ce texte devant impérativement préciser que :

- les demandes de communication de données doivent être ponctuelles et motivées en droit ;
- ces demandes doivent porter sur des personnes identifiées (nominativement ou sur la base de critères strictement définis) ;
- le droit de communication ne saurait aboutir à la création d'un fichier ou à l'interconnexion de traitement de données.

Les nouvelles dispositions doivent également définir :

- la nature des données à communiquer ;
- le lien entre une finalité précise et telle ou telle communication de données, comme le fait déjà l'article L. 114-19 du code de la sécurité sociale ;
- les cas dans lesquels l'autorité ou la personne privée communique telle ou telle donnée ;
- les modalités pratiques d'accès aux données.

**Recommandation n° 16** : La CNCDH recommande de préciser les cas relatifs à l'absence de fixation d'un délai de départ volontaire en invitant le législateur :

- à définir de manière précise et limitative les critères objectifs permettant de caractériser un risque imminent de fuite, comme notamment le fait de ne pas se présenter à plusieurs reprises aux autorités lors d'une assignation à résidence ou le fait de s'être déjà précédemment soustrait à l'exécution d'une mesure d'éloignement ;
- à rappeler qu'un risque de fuite ne pourra découler que d'un faisceau de circonstances particulières établissant avec certitude que l'intéressé a l'intention

de se soustraire de manière systématique aux autorités dans le seul but de faire obstacle à une mesure d'éloignement.

**Recommandation n° 17** : La CNCDH recommande de fixer une liste non limitative d'éléments à prendre en considération pour décider de la prorogation du délai de départ volontaire. Cette énumération pourrait comprendre, notamment : la durée du séjour, la scolarisation des enfants, les liens sociaux, la vie familiale, l'état de santé de l'étranger ou l'intérêt supérieur de l'enfant. Bien évidemment l'administration doit recueillir les observations préalables de l'intéressé sur l'ensemble de ces éléments. Pour la CNCDH, il conviendrait également que la loi précise que les étrangers doivent être informés de la possibilité de solliciter l'extension du délai de départ volontaire.

**Recommandation n° 18** : La CNCDH recommande une amélioration des dispositions relatives aux obligations de quitter le territoire français en invitant le législateur à prévoir expressément que l'autorité administrative soit tenue de procéder à un examen particulier de la situation de la personne faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. De plus, la CNCDH rappelle que les étrangers ne doivent en aucun cas être éloignés en cas de risque manifeste d'atteintes à leurs droits fondamentaux dans le pays de renvoi.

**Recommandation n° 19** : La CNCDH recommande de mieux définir les motifs légaux du prononcé des nouvelles obligations de quitter le territoire français pouvant être prises à l'encontre des étrangers présentant une menace pour l'ordre public ou la sécurité publique.

**Recommandation n° 20** : La CNCDH recommande d'améliorer le régime des recours contre les obligations de quitter le territoire français par :

- l'allongement des délais de recours et la transformation des délais d'heure à heure en délais à jours ouvrés ;
- la fixation de délais de jugement réalistes ;
- le maintien inconditionnel de la collégialité et du rapporteur public.

**Recommandation n° 21** : La CNCDH recommande la suppression de l'automaticité d'édiction de l'interdiction de retour. Il convient également de prévoir la faculté pour l'intéressé de demander l'abrogation de l'interdiction de retour, dès lors qu'il peut prétendre à l'obtention d'un titre de séjour. Enfin, la CNCDH rappelle qu'il est urgent de transposer l'article 11-3 de la directive « Retour » qui protège, à certaines conditions, les victimes de la traite qui coopèrent avec les autorités, contre cette interdiction.

**Recommandation n° 22** : La CNCDH recommande, s'agissant de l'interdiction de circulation, le plein respect du droit dérivé de l'Union européenne et notamment une interprétation rigoureuse des notions de trouble à l'ordre public et de charge déraisonnable, dans l'esprit de ce que prévoit la directive 2004/38/CE.

**Recommandation n° 23** : La CNCDH recommande de renforcer les garanties procédurales des personnes placées en zone d'attente :

- en assortissant les décisions de refus d'entrée sur le territoire et celles de placement en zone d'attente d'un recours suspensif de plein droit ;
- en réintroduisant l'automaticité du droit au jour franc ;
- en organisant une permanence d'information et une permanence d'avocat au titre de l'aide juridictionnelle ;
- en faisant intervenir le contrôle du juge des libertés et de la détention au plus tôt, c'est-à-dire avant l'exécution de la mesure d'éloignement ;
- en permettant à l'étranger de saisir le juge des libertés et de la détention à tout moment après son placement en zone d'attente.

**Recommandation n° 24** : La CNCDH recommande la suppression des zones d'attente *ad hoc*.

**Recommandation n° 25** : La CNCDH recommande d'interdire le placement des mineurs isolés étrangers en zone d'attente.

**Recommandation n° 26** : La CNCDH recommande une meilleure définition des motifs légaux du placement en rétention afin de garantir la gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision d'éloignement.

**Recommandation n° 27** : La CNCDH recommande que les décisions d'assignation à résidence ou de placement en rétention soient spécialement motivées afin de permettre un contrôle efficace du juge.

**Recommandation n° 28** : La CNCDH recommande la réduction de la durée légale de rétention administrative.

**Recommandation n° 29** : La CNCDH recommande la suppression des locaux de rétention administrative qui ne présentent aucune des garanties actuellement prévues pour les centres de rétention administrative.

**Recommandation n° 30** : La CNCDH recommande d'améliorer le régime de l'assignation à résidence :

- en mettant fin au rôle ambigu du juge des libertés et de la détention par la suppression de la procédure d'ordonnance sur requête prévue à l'article 22 du projet de loi qui permettra aux forces de l'ordre de pénétrer au domicile de l'étranger ;
- en prévoyant un accompagnement social et juridique des étrangers.

**Recommandation n° 31** : La CNCDH recommande une nouvelle fois très fermement que le contrôle du juge judiciaire intervienne, au plus tard, à l'issue de 48 heures de rétention administrative.

**Recommandation n° 32** : La CNCDH recommande que la décision de placement en rétention administrative suspende de plein droit l'exécution des mesures d'éloignement. *A minima*, la personne retenue devrait pouvoir demander au juge administratif une telle suspension.

**Recommandation n° 33** : La CNCDH recommande avec force la suppression de la possibilité de délocaliser les audiences des juges des libertés et de la détention et des juges administratifs.

**Recommandation n° 34** : La CNCDH recommande la suppression de l'extension à la Martinique des pouvoirs renforcés de contrôle des forces de l'ordre aux fins d'interpellation.

**Recommandation n° 35** : La CNCDH recommande de consacrer un recours suspensif de plein droit à l'encontre des décisions d'éloignement dans les outre-mer, en particulier à Mayotte, en Guyane, en Guadeloupe, à Saint Barthélemy et à Saint Martin.

**Recommandation n° 36** : La CNCDH recommande de prévoir le principe de l'automaticité du jour franc à Mayotte.

## LISTE DES PERSONNES AUDITIONNEES

Anne Baux, Présidente de l'Union Syndicale des Magistrats Administratifs, *Audition du 5 février 2015* ;

Laurence Blisson, Secrétaire générale du Syndicat de la Magistrature, *Audition du 6 janvier 2015* ;

Laure Blondel, coordinatrice juridique (Anafé), *Audition du 6 novembre 2014* ;

Marion Casanova (Droits d'Urgence), *Audition du 13 janvier 2015* ;

Anne-Lise Denoeud (Médecins du Monde / ODSE), *Audition du 6 janvier 2015* ;

Jacqueline Domenach, Professeur à l'Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense, *Audition du 15 décembre 2014* ;

Lise Faron (La Cimade / ODSE), *Audition du 6 janvier 2015* ;

Emile Gabrié (CNIL), *Audition du 9 avril 2015* ;

Hervé Guillou, vice-président du Syndicat de la Juridiction Administrative, *Audition du 6 janvier 2015* ;

Christophe Harrison (France Terre d'Asile), *Audition du 5 février 2015* ;

Patrick Henriot, Secrétaire national du Syndicat de la Magistrature, *Audition du 6 janvier 2015* ;

Marianne Lagrue (Conseil National des Barreaux), *Audition du 15 décembre 2014* ;

Rachel Lambert (Droits d'Urgence), *Audition du 13 janvier 2015* ;

Nathalie Leclerc-Garret (Union syndicale des Magistrats), *Audition du 13 janvier 2015* ;

Anne Lecourbe (Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté), *Audition du 13 janvier 2015* ;

Didier Liger (Syndicat des Avocats de France), *Audition du 22 janvier 2015* ;

Alex Moreau (Droits d'Urgence), *Audition du 13 janvier 2015* ;

Marie-Jane Ody (Union Syndicale des Magistrats), *Audition du 13 janvier 2015* ;

Karine Parrot, Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise (GISTI), *Audition du 6 novembre 2014* ;

Vanina Rochiccioli (Syndicat des Avocats de France), *Audition du 22 janvier 2015* ;

Nadia Sebtaoui (France Terre d'Asile), *Audition du 5 février 2015* ;

Serge Slama, Maître de conférences à l'Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense, *Audition du 5 novembre 2014* ;

Raphaël Sodini, Conseiller immigration et asile au cabinet du ministre de l'intérieur, *Audition du 18 décembre 2014* ;

Mylène Stambouli (Ligue des Droits de l'Homme), *Audition du 6 novembre 2014* ;

Adeline Toullier (Aides / ODSE), *Audition du 6 janvier 2015* ;

Marianne Yvon (Droits d'Urgence), *Audition du 13 janvier 2015*.