

# Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France

(Adopté le 15 mai 2003)

La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) proteste contre le fait qu'elle n'ait pas été saisie par le Ministère de l'Intérieur du projet de loi relatif à l'immigration et qu'il lui ait fallu se le procurer par ses propres moyens.

La Commission déplore, d'autant plus, l'attitude du Ministère de l'Intérieur que c'est la troisième fois, en moins de trois ans et sous deux législatures différentes qu'elle est contrainte de procéder par voie d'auto saisine à propos de projets émanant de ce Ministère.

Les conditions d'urgence dans lesquelles elle est contrainte de se prononcer sont incompatibles avec la mission qui a été confiée à la Commission. Elle rappelle à cette occasion que son rôle n'est pas seulement d'apprécier la conformité des textes législatifs avec la règle juridique. Il est d'abord de veiller au respect des principes universels sur lesquels se fondent les libertés républicaines. Cette mission consultative, préalable au travail parlementaire, est particulièrement nécessaire en une période d'intense activité gouvernementale, où les priorités peuvent tendre à une recherche de l'efficacité immédiate dans l'oubli de certains principes, alors et surtout que le texte examiné par la CNCDH touche aux libertés publiques et fondamentales de manière essentielle.

Il n'est pas dans les intentions de la Commission de s'immiscer dans la définition de la politique d'immigration qui appartient au législateur, dans les limites que lui reconnaissent les compétences de l'Union Européenne

. Elle regrette, à cet égard, que les mécanismes institutionnels européens conduisent à laisser le parlement européen ainsi que les parlements nationaux hors de ces débats pourtant essentiels. Elle observe, cependant, que **l'on ne saurait borner la politique d'immigration à sa seule dimension policière tant il est vrai que le développement des flux migratoires est dans la nature d'un monde de plus en plus globalisé. La Commission s'interroge sur la pertinence d'une approche qui tiendrait pour acquise la liberté des échanges commerciaux, financiers et de l'information, tout en astreignant les hommes à résidence dans leurs propres pays.** Si elle donne acte au Gouvernement de ses préoccupations, qu'elle partage, de lutter contre les trafics de population et de réguler les mouvements migratoires, elle souhaite rappeler qu'en ce domaine, ce n'est pas l'offre criminelle qui provoque la demande mais bien l'inverse.

La Commission constate que **la législation sur les étrangers ne cesse d'être modifiée et qu'elle est de plus en plus complexe.** Il en résulte un droit extrêmement touffu, auquel, à l'exception de spécialistes, peu de personnes et surtout pas les principaux intéressés, c'est-à-dire les étrangers, ont la possibilité d'accéder. **A cette complexité juridique –**

accrue par un nombre imposant de circulaires – **s’ajoute une suspicion trop fréquente à l’égard des étrangers ainsi qu’un manque de moyens administratifs particulièrement criant**. Ceci explique, en grande partie, les dysfonctionnements que l’on constate d’une préfecture à l’autre. La CNCDH ne peut donc que regretter que le nouveau texte ajoute aux règles préexistantes, sans fournir, en contrepartie, l’effort de simplification nécessaire, auquel le Gouvernement affirme son attachement par ailleurs.

Les principes à mettre en œuvre concernant les étrangers résidant ou demandant à entrer sur notre territoire ont été maintes fois rappelés dans les précédents avis de la Commission consacrés à ce sujet. Ils répondent à une double exigence : l’égalité de droit, d’une part, et d’autre part l’égale dignité de toute personne, quel que soit son statut.

Dans sa décision 93.325 DC du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a défini les normes de constitutionnalité applicables en la matière : " Le législateur peut prendre à l’égard des étrangers des dispositions spécifiques " mais " il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; (...) ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l’ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, [et] figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d’aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; (...) en outre les étrangers jouissent du droit à la protection sociale, dès lors qu’ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; (...) ils doivent bénéficier de recours assurant la garantie de ces droits et libertés ".

C’est en s’appuyant sur ces principes, ainsi que sur les conventions internationales, notamment la Convention européenne de sauvegarde droits de l’homme, que la CNCDH entend formuler les observations suivantes sur la version du projet de loi intitulée " saisine rectificative au projet de loi relatif à la maîtrise de l’immigration et au séjour des étrangers en France ".

\*

\* \*

L’article 1

modifie l’article 5 de l’ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d’entrée et de séjour des étrangers en

France d'une manière qui paraît extrêmement dangereuse. L'ordonnance de 1945 indiquait, en termes très suffisants, qu' " en aucun cas le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc ". Le nouveau texte propose d'ajouter : " l'étranger qui refuse de signer le procès-verbal par lequel lui est notifié le refus d'admission sur le territoire et sur lequel il est appelé à indiquer s'il renonce au bénéfice du jour franc, est réputé renoncer à ce bénéfice ".

On ne saurait renoncer à un droit que de façon expresse, sauf cas de forclusion, et à la condition que celle-ci ne puisse résulter d'une absence d'information. Le fait de considérer qu'un refus de signature – qui sera le plus souvent un défaut de signature en l'absence d'un interprète ou d'une information adéquate – signifie la renonciation à un droit est inacceptable.

## L'article 2

a pour effet de conférer aux maires, soit qu'ils agissent par le biais de la police ou par le biais des agents de l'OMI, un pouvoir d'appréciation sur la délivrance des certificats d'hébergement. Ce contrôle s'accompagne d'une appréciation des conditions d'hébergement. Le refus de délivrance de ce certificat doit d'abord être contesté auprès du Préfet avant tout recours contentieux. Il résulte de ces mesures que l'Etat se dépossède de ses pouvoirs pour les attribuer, en partie, aux maires, lesquels n'ont pas nécessairement la même appréciation de l'intérêt général. De plus, en laissant planer une totale incertitude sur ce que sont des conditions d'hébergement normales, on livre ainsi les demandeurs de cette attestation à un risque d'arbitraire. Les obstacles ainsi apportés à l'entrée en France constituent une atteinte à la vie privée et à la vie familiale et ce en contravention avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le dispositif envisagé expose également à un risque de fichage des hébergeants.

## Les articles 4 et 5

prévoient la possibilité de relever et de mémoriser les empreintes digitales des ressortissants étrangers non communautaires qui sollicitent la délivrance d'un visa ce qui constitue une extension du système prévu par l'article 8 (3) de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Cette mesure, qui s'apparente à la constitution d'un fichier français des étrangers qui veulent séjourner en France et en Europe, soulève plusieurs difficultés. Compte tenu de l'ampleur du tourisme en France, elle est inapplicable. La CNCDH constate que cette mesure pourra s'appliquer de manière discriminatoire et que l'autorité consulaire pourra décider d'y recourir sans autre critère que sa seule volonté. Il serait utile de réfléchir à ce que seront les réactions des nationaux français lorsqu'ils seront soumis, à titre de réciprocité, à la même mesure.

En ce qui concerne **l'article 4**, il s'agit de l'application du règlement (CE) n° 2725/2000 concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention

de Dublin en application au sein de l'Union européenne depuis le 15 janvier 2003. La CNCDH s'inquiète des conditions d'application de ce système et demande quelles sont les garanties prévues pour les personnes concernées.

#### L'article 7

prévoit que l'étranger accueilli au titre du regroupement familial ne peut obtenir qu'une carte de séjour temporaire, même si le conjoint est titulaire d'une carte de résident. Il exige en second lieu que " la communauté de vie n'ait pas cessé ". On reviendra sur ce point à propos de l'article 26.

#### L'article 8

tire la conséquence de la substitution de la protection subsidiaire à l'asile territorial.

#### L'article 9

précise la composition de la commission du titre de séjour, instituée dans chaque département, en y faisant entrer le directeur de la DDAS et un maire désigné par l'association des maires du département. En outre, un représentant du préfet est désormais rapporteur. L'intention est de renforcer le rôle des élus locaux et de l'administration dans les dossiers relatifs à la situation administrative des ressortissants étrangers présents sur le territoire. On regrettera que les magistrats ne soient plus que deux sur un total de cinq personnes (six en comptant le rapporteur). Cet article confirme en réalité la tendance générale du texte à accroître le rôle de la police et de l'administration par rapport au juge. Un meilleur équilibre des pouvoirs serait nécessaire.

#### L'article 10

étend de trois à cinq ans la durée de résidence régulière en France requise pour accéder, éventuellement, à la carte de résident. Cette prolongation alignerait la France sur la règle qui serait appelée à faire droit au sein de l'Union européenne. Le même article 10 définit les critères d'octroi de la carte de résident. La prise en compte des moyens d'existence de l'étranger, notamment des conditions de son activité professionnelle, ainsi que des faits que celui-ci peut invoquer à l'appui de son intention de s'établir durablement en France, reprend les termes de l'ordonnance de 1945. A ce critère, l'examen des conditions d'intégration de l'étranger dans la société française a été ajouté. Rappelant, d'une part, que la directive européenne en cause n'est pas encore adoptée et, d'autre part, que rien n'interdit à la France d'adopter une position plus souple, la CNCDH exprime sa très vive inquiétude.

Cette mesure conduit à précariser le statut d'étrangers qui ont vocation à demeurer en France et à constituer un frein à leur insertion en allongeant la durée de séjour nécessaire à l'obtention de la carte de résident (de 3 à 5 ans). De plus, aux critères déjà peu clairs qui figurent dans la rédaction actuelle de l'ordonnance de 1945, s'ajoute la notion de " conditions d'intégration dans la société française ". Cette disposition ouvre la porte à tous les arbitraires, sachant, de plus, que l'on ne saurait définir les dites " conditions d'intégration " comme l'assimilation à un mode de vie

défini de manière intangible par les autorités publiques.

Les articles 11, 34 à 36

visent, selon l'exposé des motifs, à renforcer la lutte contre l'utilisation frauduleuse du mariage pour obtenir le droit d'entrer et de séjourner en France. Ces textes souhaitent également prévenir les mariages forcés concernant des ressortissants français, mariages qui sont créateurs de droits dans notre pays, et qui sont célébrés à l'étranger à l'occasion des vacances d'été dans le pays d'origine. L'obligation pour les futurs époux de se présenter personnellement au consulat lors de la demande de la publication prescrite par l'article 63 du Code civil et lors de la délivrance du certificat de capacité à mariage du ressortissant français n'apporte aucune réponse à l'objectif visé. En effet, si la présence obligatoire des deux époux lors de la célébration du mariage ne suffit pas à empêcher les mariages forcés, la CNCDH ne voit pas en quoi ces mesures seraient plus efficaces. Elles compliquent inutilement la situation de l'ensemble des couples mixtes pour faire obstacle à un abus particulier. De plus, cette obligation aura, en raison des multiples allers-retours qu'elle imposera, un coût financier important qui pèsera sur la décision de mariage pour les couples les moins fortunés.

Porter d'un à deux ans la durée de vie commune nécessaire pour être créatrice du droit à la carte de résident n'apparaît pas d'une grande utilité pour faire obstacle aux mariages de complaisance. La CNCDH relève, à ce propos, que si c'est là la raison invoquée, il conviendrait au moins de justifier la réalité d'un phénomène qui, en dehors d'autres informations, paraît marginal. La recherche d'un taux de fraude que l'on voudrait inexistant, ce qu'en tout état de cause cette disposition ne permettrait pas, ne peut justifier les inconvénients qui résultent de cette disposition alors et surtout qu'elle ne tient nullement compte des années de résidence ou de vie commune qui ont pu précéder le mariage.

La CNCDH ne voit pas en quoi l'allongement de la durée de mariage pour obtenir une carte de résident empêcherait d'éventuelles fraudes dans la mesure où les conjoints de Français auront une carte de séjour temporaire dans l'attente de la carte de résident. Cette disposition aura pour seul effet de fragiliser les couples en durcissant les conditions d'accès à un statut juridique permettant la stabilité. De plus, la CNCDH relève que cette disposition serait en décalage par rapport à l'article 21-2 du Code civil qui prévoit qu'un étranger en situation régulière conjoint de Français peut acquérir la nationalité française à condition que la communauté de vie entre les époux soit attestée depuis un an à compter du mariage (cette vie commune peut s'exercer en France ou à l'étranger et le délai d'un an de communauté de vie est supprimé en cas de naissance d'un enfant, avant ou après le mariage, reconnu par les deux parents).

L'article 35

exige du ressortissant étranger souhaitant contracter mariage, qu'il se rapproche de la préfecture de son lieu de résidence pour régulariser son titre de séjour, s'il y a lieu. Il est alors sursis au mariage pendant un mois. Dans la

mesure où le mariage est créateur à la fois de droits pour ceux qui le contractent, et d'obligations pour la société ; il est normal que la société veille à sa régularité. Cependant, cette mesure est de pure police et est destinée à permettre, éventuellement, l'éloignement de l'étranger en situation irrégulière.

L'argument invoqué dans l'exposé des motifs qui est de lutter contre les mariages de complaisance n'est en aucune manière justifié. Le caractère frauduleux du mariage ne peut résulter du simple fait que l'étranger est en situation irrégulière alors que l'Officier d'Etat Civil détient déjà de la loi le pouvoir d'alerter le Procureur de la République de soupçons en ce domaine. Le projet amène en fait à soumettre un droit constitutionnel à une règle ressortissant de la police des étrangers. Il ne tient pas compte, au surplus, de l'infini diversité des situations qui peuvent exister, notamment si les futurs époux vivent ensemble depuis longtemps et ont ou non des enfants. Il porte atteinte, en fait, à la liberté du mariage, liberté de valeur constitutionnelle et constitue une atteinte manifeste à la vie privée. De plus, cet article prévoit des procédures inutilement longues et complexes qui ne font que rendre un peu plus difficile l'exercice d'une liberté essentielle. A cet égard, ajouter au délai d'un mois renouvelable, déjà ouvert au Procureur de la République, le délai supplémentaire d'un mois lui aussi renouvelable ouvert, celui-ci, au Préfet en vertu du projet, revient à retarder indéfiniment le mariage ce qui est manifestement en contradiction avec les termes de la décision du Conseil Constitutionnel.

Enfin, les sanctions très sévères prévues à l'article 19 en cas de fraude au mariage sont par elles-mêmes, suffisamment dissuasives. Elles devraient dispenser de la lourdeur de dispositions préventives.

## L'article 12

visé à donner à l'administration, selon elle, les moyens de prévenir les reconnaissances de paternité de complaisance, phénomène dont la Commission aurait apprécié de connaître l'importance dès lors que c'est la première fois qu'elle le voit mentionné. Le parent d'enfant français n'obtiendra désormais la carte de résident que s'il exerce l'autorité parentale et s'il subvient effectivement aux besoins de l'enfant depuis sa naissance ou depuis deux ans. En application du principe d'égalité devant la loi, le second terme de cette clause cumulative doit être aligné sur le droit commun. Il est en effet en contradiction avec la récente loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, qui permet au juge aux affaires familiales d'attribuer l'autorité parentale à un parent quand bien même celui-ci ne pourrait pas subvenir aux besoins de son enfant (effet combiné des articles 371-1 et 371-2 nouveaux du Code civil). La Commission voudrait souligner qu'une disposition de ce type amène à faire supporter à des enfants la situation de leur père ou de leur mère et elle constitue ainsi une atteinte aux droits des enfants d'entretenir des rapports avec leurs deux parents.

## L'article 13

du projet supprime la délivrance de plein droit de la carte de résident aux étrangers entrés dans le cadre d'une procédure de regroupement familial lesquels recevront une carte de séjour temporaire.

## L'article 14

supprime, pour les étrangers titulaires d'une carte de séjour des articles 12 bis et 12 ter, la conversion de plein droit de la carte de séjour temporaire en carte de résident, après une durée de 5 ans de présence ininterrompue en France pour subordonner cette délivrance à une condition d'intégration identique à celle prévue à l'article 14 du projet de loi. Cette carte de séjour qui était jusqu'ici délivrée de plein droit dépendra alors du pouvoir d'appréciation du préfet. On peut craindre que cette modification du texte initial n'ajoute à la précarité des familles regroupées et ne crée ainsi, en particulier pour les jeunes, une situation préjudiciable à leur intégration.

Ces deux dispositions supportent les mêmes critiques. Elles se recommandent du souci de favoriser l'intégration laïque et républicaine, mais la CNCDH craint qu'elles ne conduisent à fragiliser les étrangers séjournant régulièrement en France en instituant des statuts différenciés au sein d'une même famille. La Commission souhaite rappeler avec force que le rapport avec la société, dans son ensemble, y compris dans les gestes de la vie quotidienne (obtenir un prêt, louer un logement, etc.) changent de nature selon que l'étranger détient un titre de séjour temporaire ou une carte de résident. Enfin, les réserves émises à propos de l'article 10 du projet de loi, concernant l'obligation d'intégration restent identiques. A ce propos, la Commission voudrait rappeler que la seule obligation qui pèse sur un étranger, comme sur quiconque, est définie par l'ordonnance du 2 novembre 1945 : ne pas troubler l'ordre public. La CNCDH est par ailleurs très réservée sur la confusion des législations : la condition d'intégration n'était jusqu'à présent qu'une condition d'accès à la nationalité et non au séjour.

## Les articles 15 à 18

marquent la volonté du gouvernement de sanctionner les transporteurs, compte tenu de la nécessité de combattre avec la plus grande fermeté les filières de l'immigration clandestine et de faire face au phénomène nouveau des bandes organisées.

Concernant **les articles 15 et 16**, la CNCDH tient à rappeler intégralement son avis sur l'asile en France du 6 juillet 2001. Dans ce dernier, elle déplorait que l'harmonisation vise à renforcer un dispositif répressif qui ne préserve pas effectivement le droit des demandeurs d'asile d'accéder au territoire pour déposer leur demande. En raison des risques que ce dispositif présente pour l'exercice du droit d'asile, la CNCDH réaffirme la nécessité d'un aménagement du régime des sanctions à l'égard des transporteurs et déplore qu'aucune disposition ne permette de ne pas sanctionner les transporteurs qui auraient acheminé un étranger ayant exprimé à l'embarquement son désir de solliciter l'asile, dans le respect absolu de la Déclaration finale de Tampere. La CNCDH s'inquiète d'autant plus de ces dispositions qu'elles permettent aussi de sanctionner les transporteurs dans le cadre du transit.

Sur l'**article 16** concernant le renforcement de la répression pénale de l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour des étrangers en situation irrégulière, la CNCDH déplore ne pas avoir été suivie dans son avis du 6 juillet 2001 où elle recommandait l'insertion dans ce dispositif d'une référence à l'article 31 de la Convention de Genève afin de rappeler l'immunité pénale accordée aux demandeurs d'asile du fait d'une entrée ou d'un séjour irrégulier. Elle réaffirme en

outre la nécessité de l'introduction dans ces dispositions de " la clause humanitaire " visant à immuniser pénalement ceux qui apportent une aide désintéressée aux étrangers en situation irrégulière.

On signalera également la lourdeur des peines de prison prévues (jusqu'à dix ans, contre une simple amende de 10 000 F dans l'ordonnance de 1945). Cette aggravation est préoccupante dans la mesure où elle s'inscrit dans une tendance générale du système pénal français depuis quelques années.

On signalera aussi que la notion de bande organisée, dont la CNCDH a déjà mis en évidence la dangerosité, permet de traiter de la même manière un réseau comme une famille ce qui n'est pas sans risque de détournement de l'esprit de ces mesures. Enfin, la confiscation de biens indivis sans indemnisation prévue à l'article 18 contient en outre une atteinte au droit de propriété. Edictée sous cette forme, elle est manifestement anticonstitutionnelle.

#### L'article 19

introduit dans l'ordonnance de 1945 une nouvelle infraction qui vise à réprimer, sous peine de cinq ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende, le fait d'organiser, de contracter ou de tenter de contracter un mariage simulé en vue d'obtenir ou de faire obtenir un titre de séjour. Cette sanction est suffisamment dissuasive pour qu'il ne soit pas nécessaire de fixer des mesures préventives, telles que prévues par l'article 11.

#### L'article 26

modifie les conditions du regroupement familial. L'alinéa 1 prévoit que les préfets pourront refuser le regroupement familial d'un membre de la famille né en France, mais l'ayant quittée sans ses parents avant l'âge de douze ans. Il s'agirait de lutter contre une pratique qui tend à se développer et qui consiste, pour des familles étrangères vivant sur notre sol, à faire élever les enfants dans le pays d'origine avant de les faire revenir en France peu avant leur majorité.

Là encore, la CNCDH regrette que l'affirmation du Ministère de l'Intérieur ne soit étayée par aucun élément probant. Elle constate que cette disposition pénalise des enfants ayant quitté le territoire français qui ne sont pas responsables de cet état de fait. La règle édictée est d'une portée si générale qu'elle conduit à ignorer la diversité des situations qui peut conduire à ce qu'un enfant de plus de 12 ans soit absent par exemple 6 mois ou un an du territoire français. Tant qu'un enfant est mineur, rien ne saurait justifier que la possibilité de vivre auprès de ses parents lui soit retirée.

Par ailleurs, cette modification aura des conséquences néfastes dans les situations, visées par l'exposé des motifs, de retour contraint dans les pays d'origine, notamment pour des jeunes filles soumises à des mariages forcés. Par cette disposition, celles-ci se verraient privées de la possibilité de revenir en France après l'âge de douze ans, et donc d'échapper au mariage. De plus, cette disposition amène à créer des situations d'une très grande complexité humaine, puisque les membres d'une même famille pourront se trouver dans des statuts fort différents. Enfin, la CNCDH constate qu'il sera plus aisé de procéder au regroupement familial d'enfants nés à l'étranger que d'enfants nés en France.

L'alinéa 5 vise à combler une lacune du texte précédent. Il pose que, lorsque la rupture de la vie commune entre époux est antérieure à la délivrance du titre de séjour temporaire, le préfet refuse de la délivrer. Bien que dénoncée pour sa lourdeur par le rapport de Patrick Weil sur l'immigration, cette disposition ne nous paraît pas contradictoire avec le principe du droit à une vie familiale normale, sauf à tenir compte de l'existence d'un ou plusieurs enfants mineurs.

L'article 28

transpose, dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, une directive 2001/55/CE du Conseil de l'Union européenne du 20 juillet 2001, sur l'octroi d'une protection temporaire, assortie d'autorisations provisoires de séjour et, le cas échéant, de travail, en cas d'afflux massif de personnes déplacées. L'effort est réparti par quotas au niveau européen. L'article 24 prévoit des clauses d'exclusion, pour crime de guerre ou contre les personnes, et pour menace à l'ordre public.

La CNCDH déplore que le projet de loi ne se base pas au minimum sur les garanties prévues par la directive européenne. Ainsi, elle regrette que le droit au travail ne soit prévu qu'à titre éventuel.

L'article 30

tend à compléter l'article 34 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en donnant aux autorités diplomatiques et consulaires la possibilité de procéder, de leur propre initiative, à la légalisation ou à la vérification de tout acte d'état civil étranger en cas de doute sur l'authenticité du document. Elles accordent pour cela un délai de sursis à statuer qui peut être de six mois renouvelable une fois. Le tatillonnage et la procrastination administrative n'avaient pas besoin d'une telle reconnaissance par la loi pour faire subir aux candidats à l'obtention d'un visa leurs effets dévastateurs.

## L'article 31

sur la prolongation de la durée de rétention, s'appuie sur un motif essentiel, qui est l'alignement de la France sur les autres Etats européens. La durée actuelle de 12 jours doit être comparée à la durée de deux mois en Italie, six mois en Autriche, en Allemagne et en République Tchèque. Elle est, dans certaines conditions, illimitée au Royaume-Uni et en Finlande. Selon l'exposé des motifs du projet, la possibilité pour un étranger faisant l'objet d'une mesure d'expulsion de disparaître dans la nature après avoir été relâché au bout de douze jours constituerait une incitation puissante à l'immigration clandestine dans notre pays. La difficulté actuelle de mettre en œuvre les mesures d'éloignement serait en outre, aux yeux du ministère de l'Intérieur, un encouragement aux filières criminelles d'immigration.

### *Sur la durée de rétention :*

La CNCDH estime que l'alignement des règles de l'Union ne saurait aller dans le sens de l'aggravation des mesures de rétention, qui portent atteinte à la liberté fondamentale d'aller et de venir. En outre, les travaux relatifs à l'harmonisation européenne des politiques d'éloignement des étrangers en situation irrégulière n'ayant pas encore abouti, la CNCDH estime que la volonté de modifier sans délai la législation française sur la rétention du fait du contexte européen est dénuée de toute justification. Par ailleurs, sans discuter l'objectif recherché d'une plus grande efficacité dans l'exécution des décisions d'éloignement, la CNCDH remarque que le ministère de l'Intérieur n'apporte aucun élément probant indiquant que la durée de privation de liberté a une influence réelle sur la mise en œuvre effective de ces décisions.

La CNCDH rappelle que doit être prioritairement recherché et respecté le principe de proportionnalité entre le but à atteindre et les règles limitatives des libertés. Le Conseil constitutionnel a tranché la question par ses décisions 86.216 C du 3 septembre 1986 et 93.213 du 13 août 1993. Dans ces deux décisions, il a jugé qu'une prolongation de trois jours du délai de rétention était contraire à la Constitution : " Considérant qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ; qu'en étendant indistinctement à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires dans des locaux non pénitentiaires, la deuxième phrase du 12<sup>e</sup> alinéa de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, telle qu'elle résulte de l'article 15-II de la loi, est contraire à la Constitution ". Une telle motivation se retrouve dans la décision 93-325 DC du 13 août 1993. En conséquence, la CNCDH estime que l'allongement de la durée de rétention proposé, dénué de justification probante, est contraire au respect des libertés fondamentales.

### *Sur le contrôle du juge judiciaire :*

En contrepartie d'un allongement de la rétention pouvant, dans le projet, atteindre deux mois en cas d'obstruction de la part de l'intéressé, le texte annonce des garanties supplémentaires, au premier rang desquelles l'intervention du juge judiciaire, au début de la rétention. A l'examen, il ressort que ces nouvelles garanties sont virtuelles :

Ainsi le juge judiciaire devra se prononcer sur la mesure de rétention dans les premières 48h : la législation actuelle le prévoit déjà. Le fait que la décision initiale de placement soit remplacée par la saisine du juge n'apporte aucune protection particulière. D'autre part, le projet laisse entendre que le juge ne pourrait plus apprécier la durée de rétention nécessaire, celle-ci étant automatiquement fixée à 30 jours. Les conditions dans lesquelles le juge pourrait renoncer à la mesure de rétention au profit d'une assignation à résidence seraient restreintes. Enfin, la proposition de conférer éventuellement un effet suspensif à la procédure d'appel de l'ordonnance du juge est rédigée de telle sorte que l'hypothèse d'un maintien en rétention parait avoir été la seule issue envisagée. La CNCDH, constatant que le dispositif proposé n'affermit pas en réalité le contrôle et les prérogatives du juge judiciaire, ne peut l'approuver.

Sur les autres dispositions de l'article :

La mise en place d'une Commission nationale de contrôle des centres et locaux de rétention peut constituer un apport intéressant. La CNCDH souhaite qu'un décret instaure des normes précises et contraignantes quant aux conditions de la rétention, tant sur le plan des aménagements matériels que sur les modalités concrètes d'exercice des droits.

L'article 32

vise à améliorer l'efficacité du dispositif qui organise le placement en zone d'attente des étrangers qui ne sont pas admis à entrer sur le territoire et qui déposent, le cas échéant, une demande d'asile.

La CNCDH entend souligner, tout d'abord, que les autorités habilitées à prononcer le maintien d'une personne en zone d'attente ne sauraient être, comme le projet de loi le prévoit, de simples fonctionnaires appartenant ou assimilés à un corps de catégorie A, B, ou C, à partir du grade de brigadier. La CNCDH craint que cette disposition n'entrave le droit pour l'étranger maintenu de prendre entièrement connaissance de la procédure qui lui est appliquée et des droits y afférant.

La Commission exprime, ensuite, son inquiétude devant la possibilité reconnue à l'administration de déplacer un étranger d'un lieu à un autre, sans aucune limitation géographique, au risque évident de lui interdire d'être assisté efficacement ou de rester en contact avec l'extérieur de la zone d'attente. L'article 27 vise également à créer des zones d'attente en dehors des lieux habituels pour répondre à des besoins spécifiques. La CNCDH entend rappeler l'importance d'une définition précise des zones d'attente qui ne doivent pas être créées au gré des opportunités.

La CNCDH relève, par ailleurs, que le juge chargé de l'examen de ces cas sera astreint à tenir ses audiences dans l'enceinte de l'aéroport ou du port. Ainsi que l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme, la Justice doit être indépendante et impartiale y compris dans la représentation de l'acte de juger.

Juger dans ces conditions porterait atteinte à l'image de la justice alors et surtout qu'à cela s'ajoute l'absence de publicité des débats : il ne saurait, en effet, être sérieusement soutenu que les citoyens se rendront spontanément dans des lieux d'accès si restreints.

Ces contraintes seront encore renforcées par le fait que les audiences, y compris l'interprétariat, ce qui est contraire à la jurisprudence de la Cour de Cassation qui prévoit la nécessité " d'un interprète physiquement présent ", puissent se tenir par visioconférence, comme le prévoit l'article 26 du projet. La CNCDH déplore le risque d'une grave atteinte aux garanties offertes à l'étranger en quête d'admission sur le territoire (ou placé en rétention) et le risque d'aggraver l'isolement déjà existant.

Le caractère éventuellement suspensif de la procédure d'appel, appelle les mêmes observations que précédemment.

Par ailleurs, la CNCDH regrette qu'un recours suspensif contre la notification de non admission sur le territoire devant une juridiction administrative ne soit toujours pas instauré alors que de nombreux étrangers demandant leur admission sur le territoire français notamment à Roissy, risquent souvent d'être refoulés après un examen sommaire de leur demande. Elle le déplore d'autant plus que cette recommandation figurait dans son Avis du 6 juillet 2001.

Enfin, la Commission relève qu'il n'est prévu aucune garantie pour que les personnes retenues continuent à être en contact avec l'extérieur et reçoivent l'assistance, y compris juridique, nécessaire. Les dispositions générales évoquées dans le projet de loi, dont la mise en œuvre est renvoyée à un décret, ne permettent pas de s'assurer que les droits des personnes seront respectés.

La CNCDH relève que certaines de ces dispositions permettent au gouvernement de légaliser des situations discutées et dénoncées, parfois depuis de nombreuses années par diverses associations notamment celles habilitées, par le ministère de l'Intérieur, à visiter les zones d'attente. Elle déplore également une volonté manifeste de renforcer les pouvoirs de la police aux frontières au détriment de l'intervention du juge judiciaire et des garanties offertes aux étrangers maintenus.

En conclusion, ce qui frappe le plus dans le projet est le rôle accru donné à la police et à l'administration par rapport au juge, dont l'intervention est certes maintenue, mais délibérément différée, voire expédiée. C'est le cas pour la contestation des refus d'entrée, pour les certificats d'hébergement, qui sont à la source de 80 % des visas, pour le contrôle du regroupement familial, enfin pour la surveillance des conditions de rétention. On peut s'interroger aussi sur l'opportunité de ce texte, alors que des propositions de directives européennes sur ces mêmes sujets sont en cours d'examen. On est choqué également par la confusion entre l'immigration et le droit d'asile, qui est protégé par des conventions internationales.

### Réforme de la " double peine "

Les nouvelles dispositions prévues par les articles 20 à 22, 24, 25, 33 et 37 à 41, constituent une avancée en ce qu'elles limitent les effets de ce qu'il est convenu d'appeler la " double peine ", sous réserve de l'examen approfondi de ces articles.

L'article 20

qui prévoit un réexamen tous les cinq ans de l'arrêté d'expulsion comporte un élément positif mais risque d'apparaître illusoire dans sa mise en œuvre, surtout si l'intéressé a de fait quitté le territoire national.

## L'article 21

énumère les personnes bénéficiant d'une " protection relative contre l'expulsion ". La Commission relève que :

– une double condition est maintenant prévue concernant l'étranger père ou mère d'un enfant français résidant en France : l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant et son entretien effectif ; cette dernière condition sera difficilement remplie par une personne incarcérée par exemple. Ce cumul de conditions contrevient à l'article 3 (1) de la Convention internationale sur les droits de l'enfant ;

– se trouvent supprimés le 7° actuel de l'article 25 et donc l'interdiction d'expulser des ressortissants étrangers en situation régulière, à moins qu'ils n'aient été condamnés à une peine d'emprisonnement au moins égale à un an ; de ce fait l'étranger en situation régulière ne bénéficie plus d'aucune protection à cet égard.

La spécificité de la condition d'étranger se trouve ici soulignée, contrairement à l'objectif recherché par le texte.

## L'article 22

du projet de loi détermine une liste de quatre catégories d'étrangers dont la protection contre l'expulsion est " quasi absolue ". Cette liste correspond aux étrangers particulièrement insérés dans la société française. La même observation que celle formulée ci-dessus vaut pour l'étranger père ou mère d'un enfant français qui doit à la fois exercer l'autorité parentale *et* subvenir aux besoins de l'enfant.

Parmi les exceptions au principe de protection absolue, celle concernant " la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à raison de l'origine ou de la religion des personnes " paraît difficile à mettre en œuvre, cette notion ne recouvrant pas exactement celle prévue à l'article 24 (6) de la loi de 1881 sur la presse.

Sous ces réserves, ce texte constitue un progrès par rapport à l'état de droit actuel.

#### L'article 24

qui autorise l'assignation à résidence de certaines catégories d'étrangers ayant fait l'objet d'un arrêté d'expulsion se présente comme une mesure d'assouplissement permettant d'accorder à l'intéressé une chance de s'amender.

La Commission relève que cette mesure, qui n'est pas nécessairement compréhensible par l'étranger concerné, est toute entière à la discrétion de l'administration, y compris dans l'interprétation de la notion de " faits nouveaux passibles de poursuites pénales ". Elle apparaît contraire au principe de l'égalité des étrangers placés dans la même situation.

#### L'article 25

rappelle le principe selon lequel la demande de relèvement ne peut être présentée que si le ressortissant étranger éloigné réside hors de France. Les assouplissements prévus à ce principe correspondent essentiellement à une mise en conformité avec les nouvelles dispositions. L'assimilation de la situation du probationnaire à celle du détenu constitue un progrès.

#### L'article 33

du projet tend à assouplir la condition d'absence de condamnation supérieure à six mois pour acquérir la nationalité française. Cet assouplissement apparaît très relatif, les délais fixés (5, 10 ou 20 ans) pour fonder ce régime de prescription de l'interdiction d'acquisition de la nationalité étant particulièrement longs.

#### L'article 37

qui prévoit dans son paragraphe 1 que l'interdiction du territoire prononcée en même temps qu'une peine d'emprisonnement ne fait pas obstacle au sursis avec mise à l'épreuve ou à certaines mesures d'exécution de la peine en milieu ouvert constitue sur ce point une avancée.

Cependant, la CNCDH relève que :

– l'exigence d'une décision spécialement motivée, prévue par l'article 131-30-1, ne constitue pas une garantie efficace pour les six catégories d'étrangers mentionnées ;

– s'agissant de l'étranger père ou mère d'un enfant français (art. 131-30-2 d)), la condition que la naissance de l'enfant soit antérieure aux faits ayant entraîné la condamnation ne trouve pas de justification et contrevient au principe d'égalité ;

– dans la même disposition ainsi que dans l'article 131-30-1 1°, le cumul des conditions (exercice de l'autorité parentale *et* entretien effectif de l'enfant) appelle les mêmes observations que précédemment.

#### L'article 38

qui prévoit la réalisation d'une enquête préalablement à toute réquisition d'interdiction du territoire français constitue une mesure positive en ce qu'elle doit permettre une meilleure connaissance de la situation de l'étranger en France. Elle sera cependant d'une mise en œuvre difficile dans la mesure où le texte prévoit qu'il appartiendra à l'étranger lui-même de se déclarer dans l'une des situations prévues par les articles 131-30-1 ou 131-30-2 du Code pénal, l'enquête n'ayant pour but que de vérifier la réalité d'une telle déclaration. Il semble que cette enquête n'ait de ce fait que peu de chance d'aboutir à des résultats positifs.

#### L'article 39

qui dispose qu'une demande de relèvement d'une interdiction de territoire prononcée à titre de peine complémentaire peut être déposée avant l'expiration du délai de six mois en cas de remise en liberté constitue une mesure positive.

L'article 40

qui permet d'accorder une libération conditionnelle à un étranger faisant l'objet d'une peine complémentaire d'interdiction du territoire français constitue une avancée, surtout dans la mesure où le succès de la liberté conditionnelle entraîne un relèvement de plein droit de cette interdiction.

Par contre, la Commission s'interroge sur le traitement différencié à cet égard des autres mesures d'éloignement.

Enfin, la CNCDH salue l'existence des mesures de régularisation prévues à l'**article 41** pour les quatre catégories d'étrangers bénéficiant d'une protection renforcée (sous la réserve de la double condition de l'alinéa d) déjà évoquée).

En conclusion, si les dispositions relatives à la double peine constituent une avancée intéressante, le progrès demeure timide et la réforme laisse dans l'ombre plusieurs problèmes importants :

– la liste des infractions assorties de la peine complémentaire d'interdiction du territoire français demeure particulièrement longue ;

– l'infraction simple d'entrée ou de séjour irrégulier continue d'être sanctionnée par l'interdiction du territoire ;

– la question de l'interdiction du territoire prononcée à titre de peine principale n'est pas traitée ; et

– la procédure d’expulsion administrative (article 24 de l’Ordonnance du 2 novembre 1945) n’est pas modifiée, l’avis de la Commission d’expulsion restant un avis simple alors que l’on pouvait s’attendre à ce qu’il redevienne un avis conforme dans la perspective libérale présidant sur ce point au projet de loi. D’autre part, il paraît plus conforme avec la Convention européenne des droits de l’homme que les fonctions de rapporteur ne soient pas cumulées avec celles du chef du service des étrangers à la préfecture.

De ce fait, nombre de situations échappent aux prévisions de la loi nouvelle.