

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR
DES DROITS**

Le droit en action



defenseurdesdroits.fr

LES

DROITS FONDAMENTAUX

DES ÉTRANGERS

EN FRANCE

SYNTHÈSE / MAI 2016

TABLE DES MATIÈRES

I.		
PREMIÈRE PARTIE		
ENTRÉE, SÉJOUR, ÉLOIGNEMENT :		
DES FONCTIONS RÉGALIENNES DE L'ÉTAT À EXERCER DANS		
LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTRANGERS		7
I. Le contrôle de l'entrée des étrangers sur le territoire		7
A. Visas : un pouvoir discrétionnaire		
trop souvent exercé en méconnaissance		
des limites fixées par le droit		7
Mieux encadrer la délivrance des visas court séjour		7
Mettre la politique des visas, notamment à l'égard		
des Syriens, en conformité avec le droit		
à une protection internationale		9
B. Frontières: des refoulements porteurs		
d'atteintes aux droits fondamentaux		10
Assurer une gestion des frontières respectueuse		
des droits des migrants		10
Renforcer les droits des migrants		
maintenus en zone d'attente		10
II. Le droit au séjour des étrangers		11
A. Précarité du séjour : un frein à l'intégration		
et à l'accès aux droits		12
Développer l'accès à des titres de séjour plus pérennes		12
Améliorer la prise en charge		
des étrangers en préfecture		12
B. Des étrangers spécialement affectés		
par la précarité du droit au séjour		14
Les mineurs isolés devenus majeurs		14
Les personnes malades		14
Les victimes de violences conjugales		16
Les victimes de la traite		17
Les détenus		17
Les travailleurs migrants		17

III. L'éloignement des étrangers	20
A. Des mesures d'éloignement au bien-fondé contestable	20
Renforcer l'effectivité des protections contre l'éloignement prévues par la loi	20
Concilier l'éloignement des parents d'enfants mineurs avec le droit au respect de la vie privée et familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant	22
Limitier le prononcé des interdictions de retour sur le territoire (IRTF) au cadre fixé par le droit européen	22
B. Des mesures d'éloignement exécutées au mépris de certains droits fondamentaux	23
Veiller à ce que les interpellations n'entraient pas l'exercice d'autres droits	23
Renforcer les droits des personnes retenues en centres de rétention administrative (CRA)	24
Prévenir les risques d'atteintes à l'intégrité physique et psychique lors de la mise en œuvre des éloignements par voie aérienne	27
Garantir le respect des formalités requises pour le renvoi vers le pays de destination	27

II.

DEUXIÈME PARTIE

DROITS FONDAMENTAUX

DES ÉTRANGERS PRÉSENTS

SUR LE TERRITOIRE : UNE ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

AVEC LES NATIONAUX SOUMISE À RUDE ÉPREUVE

I. Les droits civils et politiques	29
A. La liberté d'aller et venir	29
Sanctionner les pratiques illégales tendant à restreindre la liberté d'aller et venir de certains étrangers pour les éloigner de leur lieu de vie	29
Renforcer l'encadrement des procédures de contrôle de droit commun pour limiter les risques de contrôles discriminatoires	30
Aménager un meilleur équilibre entre l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière poursuivi par les procédures dédiées aux étrangers d'une part et le respect de leurs droits fondamentaux d'autre part	31
B. L'accès à la justice	33
Garantir l'accès au juge	33
Garantir le droit au recours effectif dans les collectivités d'outre-mer	34

C. Le droit au mariage	35
Veiller à ce que la lutte contre les mariages blancs et gris ne porte pas atteinte à la liberté matrimoniale des étrangers	35
II. Les droits économiques et sociaux	36
A. Le droit à la protection de la santé	36
Mettre un terme aux difficultés rencontrées par les étrangers en situation irrégulière du fait de la protection maladie spécifique qui leur est ouverte	36
Veiller à ce que la réforme PUMa ne fragilise pas l'accès des étrangers en situation régulière à l'Assurance maladie	37
Prévenir le risque de refus de soins auquel se trouvent particulièrement exposés les étrangers	38
B. Le droit au logement et à l'hébergement d'urgence	39
Prévenir les risques de discriminations fondées sur la nationalité en matière d'accès au logement	39
Réaffirmer l'inconditionnalité du droit à l'hébergement d'urgence	40
Garantir l'effectivité du droit des demandeurs d'asile à bénéficier de conditions matérielles d'accueil décentes	40
C. Le droit à une protection sociale	42
Lever les discriminations légales à l'accès aux prestations sociales des étrangers en situation régulière	42
Prendre en compte les situations spécifiques ayant pour effet d'exclure des étrangers du bénéfice de certaines prestations	44
D. Le droit au travail	45
Adopter une liste de métiers « en tension » unique et corrélée aux évolutions de la conjoncture économique	45
Ouvrir les emplois dont l'accès demeure subordonné à une condition de nationalité	45
Faciliter l'inscription à l'ordre des médecins diplômés hors de l'UE	46
Élargir le droit au travail des demandeurs d'asile	47
E. Le droit au compte	49
Assurer que la mise en œuvre des obligations de contrôle des banques n'entrave pas le droit au compte des étrangers	49
Garantir le droit des étrangers à accéder à leur compte	50

III. Les droits spécifiques aux mineurs	50
A. Le droit des mineurs non accompagnés à une protection	50
Veiller au respect de la procédure de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation préalable à la prise en charge des mineurs non accompagnés	50
Garantir l'accès aux droits et à la justice tout au long de la phase d'évaluation	53
Améliorer la qualité de la prise en charge et préparer le passage à la majorité	53
Renforcer la protection des enfants exploités par des réseaux aux fins de commettre des délits	54
B. Minorité et extranéité : deux facteurs d'entraves aux droits fondamentaux	54
Garantir un accès aux soins adapté aux besoins spécifiques des mineurs non accompagnés	54
Assurer l'effectivité du droit des mineurs non accompagnés à solliciter une protection au titre de l'asile	54
Faciliter l'accès des mineurs de plus de 16 ans à l'emploi et à la formation professionnelle	55
Garantir le droit de tous les mineurs à être scolarisés	55

Le Défenseur des droits estime que le respect des droits fondamentaux des étrangers est un marqueur essentiel du degré de protection des droits et des libertés dans un pays.

Les analyses juridiques développées dans ce document ne concernent que les droits effectivement consacrés par le droit positif et entendent souligner l'écart mesurable entre la proclamation théorique de ces droits et leur effectivité.

Il convient au préalable de souligner que :

- **Concernant l'entrée, le séjour et l'éloignement, le droit positif autorise a priori les différences de traitement** précisément fondées sur la distinction entre la catégorie juridique des « nationaux » et celle des « étrangers ». Dans ces domaines, le pouvoir discrétionnaire de l'État est important. Il n'est toutefois pas sans limite et ne saurait en aucun cas être discriminatoire. Il appartient au Défenseur des droits de rappeler que, même dans un domaine aussi régalien, le respect des droits fondamentaux doit être garanti.
- **À l'inverse, dans la plupart des domaines de la vie quotidienne**, protection sociale, enfance, santé, logement..., **le droit interdit a priori d'établir des différences de traitement**. Cependant, au-delà des pratiques illégales qui contreviennent à cette interdiction, comme les refus de scolarisation ou d'accès aux soins par exemple, c'est la règle de droit elle-même qui, en instaurant parfois des critères apparemment neutres, limite de fait le plein accès aux droits fondamentaux des étrangers.

Loin d'être naturelles et immuables, les règles de droit dédiées aux étrangers ou encore celles s'appliquant principalement à eux – qu'il s'agisse de l'étranger présent sur le territoire français depuis peu ou au contraire de celui dont la présence est ancienne – sont autant de choix opérés par le législateur et le pouvoir réglementaire qui reposent sur des considérations fluctuantes dans le temps. C'est dans ce contexte que se développent des idées préconçues, fréquemment alimentées par une peur irraisonnée des étrangers.

Aucune période de l'histoire de l'immigration, aussi intense soit-elle, n'a modifié le socle des valeurs républicaines communes. Ni le million de rapatriés et harkis au début des années 60, pas plus que tous les Portugais, Espagnols, Italiens, Algériens, Marocains, Tunisiens, venus — pour travailler — dans les années 60 et 70. Ni les immigrés sub-sahariens que l'indépendance des États africains a conduits en Europe. Ni les 200 000 « boat people » au début des années 70 et ce, alors que la situation économique de la France commençait à se dégrader, que le gouvernement avait suspendu l'immigration de travailleurs et que la « maîtrise des flux migratoires » était déjà un enjeu du discours politique.

Dans ce domaine, les mots utilisés, véhicules des idées et des stéréotypes, ne sont pas neutres et sans conséquence. Migrants, réfugiés, clandestins, sans papiers, immigrés, exilés sont autant de mots rarement utilisés de manière indifférente. Si l'objet de ce document est de nommer « étrangers » la catégorie juridique des individus qui n'ont pas la nationalité française, le Défenseur peut être amené à utiliser le mot « migrant » pour décrire le sort des personnes, sujets de droits dans un processus d'émigration, d'immigration, de déplacement. Ce terme a longtemps été vu comme le plus neutre. Depuis une période récente, il a néanmoins, tendance à être utilisé pour disqualifier les personnes, leur dénier un droit à la protection en les assimilant à des migrants « économiques », dont l'objectif migratoire serait utilitariste et, partant, moins légitime que celui lié à la fuite de la guerre ou des persécutions, opéré par le réfugié. Ainsi, malgré les bonnes intentions tendant à souligner le contexte dans lequel ces personnes ont fui leur pays, l'appellation de « réfugié » est à double tranchant en ce qu'elle peut inciter à distinguer, une fois de plus, les « bons » réfugiés, ceux qui pourraient prétendre à une protection au titre de l'asile, des « mauvais » migrants dits économiques, ce qui n'a pas de sens.

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

I.

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

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

A. VISAS : UN POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE TROP SOUVENT EXERCÉ EN MÉCONNAISSANCE DES LIMITES FIXÉES PAR LE DROIT

Les étrangers doivent en principe justifier d'un document de voyage en cours de validité et, le cas échéant, d'un visa. Si les autorités consulaires jouissent, en matière de délivrance des visas, d'un large pouvoir discrétionnaire, ce pouvoir se trouve néanmoins encadré par le droit de l'Union européenne (UE) et subordonnée au respect des droits fondamentaux. Au cours de ses différents travaux et à travers de nombreuses saisines, le Défenseur des droits a pu constater **des atteintes au droit dans la délivrance des visas**.

Le Défenseur des droits formule les recommandations suivantes :

Mieux encadrer la délivrance des visas court séjour

Visas sollicités pour des visites familiales : le refus de tels visas pouvant porter une atteinte excessive au droit à la vie privée et familiale, il importe que les autorités consulaires procèdent à un examen bienveillant des demandes lorsqu'il apparaît que ce droit est en jeu et que les demandeurs remplissent, par ailleurs, les conditions fixées par le code communautaire des visas. Les cas où peut être retenue l'existence d'un « risque migratoire » devraient par ailleurs être précisés, afin d'éviter le recours trop systématique à ce motif de refus.

Visas sollicités pour raisons professionnelles : saisi de difficultés rencontrées par des réclamants mal conseillés, le Défenseur recommande qu'une information claire, précisant s'il y a lieu d'effectuer des démarches auprès de la DIRECCTE en vue de l'obtention d'une autorisation de travail, soit délivrée aux personnes sollicitant un visa pour motif professionnel.

Délivrance des attestations d'accueil : lorsqu'ils demandent un visa pour une visite privée ou familiale de moins de trois mois, les ressortissants non européens doivent présenter une attestation d'accueil établie par la personne qui s'engage à les héberger. Ce document est délivré par les mairies. *Le Défenseur des droits a constaté que certaines mairies avaient développé des pratiques illégales, subordonnant la délivrance de cette attestation à la production d'attestations non prévues par les textes telles que l'obligation pour l'hébergeant d'avoir un minimum de ressources équivalentes au SMIC ou à un montant de 1000 euros charges déduites selon les cas, le refus de comptabiliser dans les ressources prises en compte les prestations sociales, l'obligation de produire une attestation d'assurance maladie couvrant l'étranger hébergé, etc.* [MLD-2015-310](#) **Mieux encadrer la délivrance des visas long séjour**

Visas sollicités par des conjoints de Français : alors que les possibilités de refuser ces visas sont strictement encadrées, l'instruction des demandes présentées dans ce cadre est trop souvent guidée par une logique de suspicion préjudiciable au droit de mener une vie familiale. Ainsi, le Défenseur a présenté des observations dans un contentieux relatif à un refus de visa « conjoint de Français » opposé alors que le couple présentait de nombreuses preuves attestant de la réalité de leur intention matrimoniale ([MSP-2015-153](#)). Ces observations ont été suivies par le juge.

Visas sollicités par des parents d'enfants français : alors qu'ils relèvent des catégories pouvant bénéficier de plein droit d'un titre de séjour « vie privée et familiale », les parents d'enfants français rencontrent parfois des difficultés à obtenir un visa. Pour faciliter leurs démarches, la loi doit prévoir expressément qu'un visa peut être sollicité par le parent étranger d'un enfant français même lorsque l'enfant ne réside pas en France. Il doit en outre être rappelé aux autorités consulaires et administratives que la délivrance d'un visa « parent d'enfant français » ne doit pas être subordonnée à l'examen des ressources du couple, mais seulement à la preuve que le parent étranger contribue à l'entretien de l'enfant, étant précisé que son impécuniosité ne peut à elle seule conduire à la conclusion que tel n'est pas le cas.

Visas sollicités dans le cadre d'une procédure de regroupement ou de réunification familiale : la Cour EDH a précisé, dans trois arrêts du 10 juillet 2014, les obligations procédurales qui incombent aux autorités françaises pour l'examen des demandes présentées dans le cadre d'un regroupement familial ou de la procédure de réunification familiale ouverte aux réfugiés. Il y a lieu d'interdire, dans le cadre de ces procédures, le recours à des formulaires types

renvoyant à une liste de motifs de refus préétablis. Les autorités consulaires lorsqu'elles engagent des procédures en vue de vérifier l'authenticité des documents d'état civil qui leur sont présentés, doivent informer régulièrement le demandeur de l'évolution des vérifications en cours ; faire preuve de souplesse lorsque la demande concerne un réfugié, un mineur, ou le ressortissant d'un pays dont les services d'état civil présentent des carences notoires ; mettre le demandeur en mesure de produire ses observations avant de prendre une décision de refus ; motiver, le cas échéant, les décisions constatant l'inauthenticité des documents présentés, via la production, par exemple, du procès-verbal des recherches effectuées par l'agent consulaire habilité.

Mettre la politique des visas, notamment à l'égard des Syriens, en conformité avec le droit à une protection internationale

La politique menée par la France tend à réduire les voies d'immigration légales ouvertes à certains ressortissants étrangers dont le besoin de protection internationale est pourtant évident. En témoigne, par exemple, l'exigence de visas de transit aéroportuaire (VTA) rétablie à l'égard des Syriens en 2013. Cette politique contraint les personnes concernées à passer par des voies illégales et comportant des risques. Aussi, le Défenseur recommande de supprimer de l'exigence de VTA imposée au Syriens et engage les autorités à procéder à l'examen bienveillant des demandes de visas qu'ils présentent en vue de solliciter l'asile en France.

PRIVATISATION DU TRAITEMENT DES DEMANDES DE VISAS ET ACCÈS AU DROIT

Le droit de l'Union européenne autorise les États membres à externaliser le traitement des demandes de visas, sous réserve que l'examen des demandes, les entretiens éventuels, la prise de décision et l'impression et apposition des vignettes demeurent de la compétence exclusive du consulat. Constatant que, dans certains consulats, des usagers se voient opposer des refus d'enregistrement de leur demande par le prestataire privé sans avoir pu accéder aux services consulaires, le Défenseur recommande que la rédaction des marchés publics soit précisée dans un sens conforme aux exigences européennes et que figure, sur les sites Internet des consulats, le caractère seulement facultatif du passage par le prestataire, les services consulaires devant, ultimement, demeurer accessibles aux usagers.

B. FRONTIÈRES: DES REFOULEMENTS PORTEURS D'ATTEINTES AUX DROITS FONDAMENTAUX

Le droit d'émigrer, consacré en droit international, fait l'objet d'une protection renforcée lorsqu'il est exercé par des personnes fuyant des persécutions dans leur pays d'origine, celles-ci devant bénéficier du principe de non-refoulement. Or, l'effectivité de ce cadre juridique protecteur se trouve compromise par la politique de gestion des frontières menée au niveau européen et national. C'est pourquoi le Défenseur formule des recommandations tendant à :

Assurer une gestion des frontières respectueuse des droits des migrants

Externalisation de la gestion des flux migratoires : depuis plusieurs années, l'UE pratique une politique de « gestion concertée » des flux migratoires qui passe par la mise à contribution de pays tiers et se concrétise, d'une part, par la conclusion d'accords de réadmission avec ces États tiers et, d'autre part, par la volonté d'externaliser, vers les pays d'origine ou de transit, le traitement des demandes de protection internationale. Facilitant des renvois contraires à l'article 3 de la Convention EDH, cette politique coïncide en général avec le développement, dans les pays coopérant, de lois pénalisant l'émigration. Récemment, elle s'est concentrée sur la négociation d'accords avec la Turquie. Dans ce contexte, le Défenseur recommande de prévoir qu'aucune personne ne puisse être détenue du simple fait d'avoir émigré, qu'elle ait été réadmise en Turquie ou dans son propre pays. Il demande en outre qu'il soit procédé, plus généralement, à un examen attentif de la vulnérabilité personnes susceptibles d'être réadmisés, en particulier des femmes.

Sécurisation des frontières nationales et européennes : confrontés à un afflux de migrants sans précédent, de nombreux États de l'espace Schengen ont rétabli les contrôles à leurs frontières. Parallèlement, l'UE a augmenté le budget alloué à l'agence Frontex, chargée du contrôle des frontières extérieures de l'Europe. Cette sécurisation croissante des frontières n'est en rien dissuasive, mais elle est source d'atteintes à l'intégrité physique et dessert l'objectif de lutte contre les passeurs, lequel ne pourra être utilement poursuivi qu'à travers l'ouverture de voies légales d'immigration mobilisant l'ensemble des dispositifs d'ores et déjà prévus par la législation européenne, tels que les visas « humanitaires » (*Exilés et droits fondamentaux : la situation sur le territoire de Calais*).

Renforcer les droits des migrants maintenus en zone d'attente

L'asile à la frontière : à la frontière, l'étranger peut être placé dans une zone d'attente le temps qu'il soit statué sur sa situation, notamment lorsqu'il demande à bénéficier du droit d'asile. Dans ce cas, il ne sera admis à entrer en France qu'à la condition que sa demande n'ait pas été jugée « *manifestement infondée* ». Si le législateur a récemment précisé le sens de cette notion, la marge d'appréciation laissée à l'autorité compétente demeure trop large, autorisant un pré-examen du fond de la demande d'asile dans un contexte pourtant peu propice à la préparation d'un récit étayé et cohérent. Aussi, le Défenseur recommande de retenir la définition proposée par le HCR : est infondée la « *demande qui ne se rattache pas aux critères pour la reconnaissance d'une protection internationale* ». Il recommande en outre l'allongement des délais de recours contre une décision de refus d'entrer sur le territoire (*Avis n°14-10 du 6 novembre 2014*).

Le cas des mineurs isolés : tout en le réservant à des cas exceptionnels, le législateur a légalisé, dans son principe, leur maintien en zone d'attente. Dans ce cas, le procureur de la République, immédiatement avisé, doit désigner sans délai un administrateur *ad hoc* chargé d'assister le mineur. Considérant qu'une telle privation de liberté contrevient à l'article 37 b) de la CDE, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à la fin des privations de liberté à la frontière pour tous les mineurs isolés demandeurs d'asile, ainsi qu'à leur admission sur le territoire en vue d'un placement aux fins d'éclaircir leur situation individuelle. A défaut, il recommande que soient inscrits dans la loi : l'interdiction de subordonner la désignation de l'administrateur *ad hoc* aux résultats d'examens médicaux tendant à vérifier la minorité ; le droit des mineurs demandeurs d'asile à bénéficier, le cas échéant, de l'ensemble du dispositif de protection de l'enfance (*Avis n°14-10 précité*).

II. LE DROIT AU SÉJOUR DES ÉTRANGERS

Si le pouvoir discrétionnaire des autorités en matière de droit au séjour est large dès lors qu'il relève, comme le contrôle de l'entrée des étrangers, des pouvoirs régaliens de l'État, il se trouve contraint, de la même manière, par le respect des droits fondamentaux. Or, si le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) organise le droit au séjour des étrangers au regard de ces droits fondamentaux, on constate, depuis de nombreuses années, une tendance à la précarisation du séjour des étrangers, prévue directement par les textes mais également relayée par les défaillances et les pratiques parfois illégales de certaines administrations.

A. PRÉCARITÉ DU SÉJOUR : UN FREIN À L'INTÉGRATION ET À L'ACCÈS AUX DROITS

Alors qu'en 1984, le législateur avait créé la carte de résident comme titre de droit commun destiné à tout étranger projetant de s'installer durablement sur le territoire, elle est aujourd'hui devenue un titre d'exception, délivré au terme d'un parcours d'intégration réussi. Parallèlement, les titres de séjour « temporaires », valables un an, se multiplient. Or, la possession de tels titres peut freiner l'accès de leurs titulaires à certains droits (emploi, logement, etc.) et, par suite, leur intégration. Elle implique en outre de multiplier les déplacements en préfecture, où de nombreuses défaillances tendent à fragiliser un peu plus le droit au séjour dont bénéficient certains étrangers. Face à ce constat, le Défenseur des droits recommande de :

Développer l'accès à des titres de séjour plus pérennes

Le Défenseur a salué plusieurs avancées significatives introduites par la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France : généralisation des titres de séjour pluriannuels, rétablissement de la délivrance de plein droit de la carte de résident aux conjoints et parents d'enfants français ; délivrance de plein droit de la carte de résident aux personnes justifiant de cinq années de séjour régulier en France. Toutefois, il regrette que le législateur ait maintenu certaines restrictions contraires à l'objectif de simplification et de sécurisation du séjour recherché (*Avis n^{os} 15-17 du 23 juin 2015, 15-20 du 3 septembre 2015, et 16-02 du 15 janvier 2016*). C'est pourquoi il recommande : que le SMIC ne constitue plus un niveau de ressources à atteindre impérativement pour pouvoir prétendre à la délivrance de plein droit de la carte de résident ; d'ouvrir la possibilité de solliciter la délivrance d'un titre pluriannuel aux victimes de la traite ; de porter à quatre ans la durée des titres pluriannuels délivrés aux personnes admises au séjour en raison de leurs attaches familiales et personnelles ou de leur état de santé.

Améliorer la prise en charge des étrangers en préfecture

Dépôt des dossiers : les difficultés rencontrées par les étrangers pour accéder aux guichets des préfectures sont notoires et dénoncées dans de nombreux rapports institutionnels et associatifs. Le fait que des usagers d'un service public soient contraints, pour espérer pouvoir y accéder, à faire la queue des heures durant, parfois dehors, sans abri, debout ou dans la nuit, au risque de subir les violences qu'une telle situation ne manque pas d'occasionner, porte atteinte à la dignité humaine. Quant aux « refoulements » qui persistent à l'entrée de certaines préfectures, ils constituent une entrave inaccep-

table au droit des étrangers à voir examiner leur demande. Aussi, le Défenseur instruira avec une attention particulière toutes les réclamations dont il est ou sera saisi, relatives aux conditions d'accueil des étrangers en préfecture. Il organisera, si besoin le déplacement de ses services sur place et pourra, le cas échéant, présenter des observations devant les juridictions saisies.

Enregistrement des dossiers : aux guichets, certains étrangers se voient opposer des refus oraux d'enregistrement de leur dossier. Qu'ils résultent de pratiques illégales ou d'une méconnaissance du droit applicable (refus d'enregistrer une demande de titre de séjour sur un autre fondement lorsqu'une demande d'asile est en cours d'instruction, demandes de pièces non prévues par les textes ou impossibles à produire, etc.), ces « refus guichet » sont illégaux, les préfets étant tenus de procéder à l'examen particulier de toutes les demandes de titres de séjour qui leur sont soumises. Pour les éviter, le Défenseur recommande : des rappels réguliers du droit applicable sur les points où tendent à se développer des interprétations divergentes ou illégales ; l'utilisation systématique des listes de pièces établies au niveau national par la Direction de l'immigration, le rappel leur caractère exhaustif, leur publication et leur mise à jour régulière ; l'examen bienveillant des cas où l'étranger se trouve dans l'impossibilité matérielle de produire certaines pièces, notamment lorsqu'un refus de séjour pourrait aboutir à la perte de droits acquis ; l'allongement des durées de conservation des dossiers de façon à faciliter la preuve de la détention antérieure d'un titre de séjour. Les décisions de refus d'enregistrement opposées aux guichets des préfectures, devraient en outre être systématiquement notifiées par écrit, dans un document mentionnant la date, les motifs du refus ainsi que les délais et voies de recours.

Délivrance des récépissés de demande de titre : à l'enregistrement de son dossier, l'étranger qui sollicite la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour doit se voir délivrer un récépissé autorisant, le cas échéant, à travailler. Pourtant, il arrive que des étrangers se voient refuser la délivrance d'un récépissé bien qu'ils aient déposé un dossier complet, ou reçoivent, en lieu et place, d'autres documents provisoires (attestations de dépôts, etc.) n'ouvrant pas les mêmes droits qu'un récépissé (par exemple : [MLD-2015-311](#)). Le Défenseur recommande que des mesures soient prises pour mettre un terme à ces pratiques dont les conséquences peuvent causer un préjudice grave (perte d'emploi, etc.) et engager la responsabilité de l'administration.

Instruction des dossiers : malgré d'importants efforts fournis par l'administration, les délégués du Défenseur intervenant sur le terrain constatent encore, à ce stade, des délais de traitement excessifs ainsi

que d'importantes lacunes dans l'information délivrée aux usagers. C'est pourquoi le Défenseur recommande qu'une attention particulière soit portée à : la mise en ligne d'un maximum d'informations utiles sur les sites Internet des préfectures (horaires d'ouverture par type de demande, mise en téléchargement des listes de pièces et formulaires) ; l'enregistrement immédiat des dossiers dans le logiciel dédié ; l'établissement de diagnostics visant à vérifier l'opportunité de développer des procédures de rendez-vous et/ou un accueil dématérialisé. S'agissant de ces procédures, le Défenseur recommande d'y consacrer, le cas échéant, un personnel suffisant, et d'y renoncer lorsqu'elles donnent lieu à des délais déraisonnables – supérieurs à deux mois – entre la délivrance de la convocation et la date du rendez-vous fixé. Il précise que ces dispositifs ne peuvent, sous peine d'induire des conséquences discriminatoires, se substituer à un accueil physique : des alternatives doivent être garanties aux personnes n'ayant pas accès à Internet ou ne maîtrisant pas suffisamment la langue française pour pouvoir utiliser les outils proposés.

B. DES ÉTRANGERS SPÉCIALEMENT AFFECTÉS PAR LA PRÉCARITÉ DU DROIT AU SÉJOUR

Constatant qu'elles se trouvent spécialement affectées dans la jouissance de leurs droits du fait de la précarité de leur séjour, le Défenseur formule des recommandations au bénéfice des personnes suivantes :

Les mineurs isolés devenus majeurs

En dépit d'un dispositif législatif spécifique, ces derniers rencontrent des difficultés pour accéder, à leur majorité, à un droit au séjour pérenne. Ces difficultés compromettent le parcours d'insertion dans lequel ils sont engagés. C'est pourquoi le Défenseur recommande de modifier la loi pour prévoir que les mineurs isolés pris en charge par l'ASE avant ou après l'âge de seize ans bénéficient de plein droit, à leur majorité, d'un titre de séjour « vie privée et familiale », et que ceux n'ayant pu bénéficier d'une telle prise en charge mais se trouvant engagés dans un parcours universitaire ou une formation professionnalisante puissent se voir délivrer un titre « étudiant ».

Les personnes malades

Droit au séjour pour soins : les étrangers résidant habituellement en France doivent bénéficier de plein droit d'un titre de séjour « vie privée et familiale » lorsque leur état de santé nécessite une prise en charge dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité et qu'ils ne peuvent accéder à un traitement dans leur pays d'origine. L'admission au séjour pour soins se déroule en deux phases :

la première, médicale, où le médecin de l'ARS (MARS) – le médecin chef de la Préfecture de Police pour Paris –, rend un avis non contraignant sur l'état de santé de l'étranger et la possibilité d'une prise en charge dans le pays d'origine, et la seconde, administrative, où la préfecture statue sur le droit au séjour. Or, le Défenseur constate l'affirmation d'une tendance des préfectures à investir la phase médicale de la procédure, celles-ci s'efforçant, par diverses stratégies, d'identifier la pathologie de l'intéressé, voire menant des contre-enquêtes administratives. En transférant aux médecins de l'OFII la compétence auparavant dévolue au MARS, la loi du 7 mars 2016 confirme cette tendance à faire primer des considérations liées à la maîtrise de l'immigration sur celles liées à la protection de la santé (*Avis n°15-17 ; 15-20 et 16-02*, précités). Cela se répercute non seulement sur la phase administrative de la procédure, par une augmentation des refus de séjour opposés en dépit de l'avis favorable du MARS, mais également sur la phase médicale, par des avis médicaux défavorables rendus en dépit des instructions du ministère de la Santé, notamment à l'égard de personnes atteintes du VIH. Enfin, les étrangers malades se heurtent en préfecture à de nombreuses difficultés : accueil inadapté aux personnes hospitalisées ainsi qu'au respect du secret médical ; refus d'enregistrer les demandes présentées par les étrangers résidant en France depuis moins de douze mois alors qu'ils peuvent prétendre à la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour (APS) ; exigence de pièces non prévues par les textes ou d'un nombre de preuves excessif pour vérifier la résidence en France depuis plus de douze mois, etc. Le Défenseur recommande : que des conventions soient conclues entre les préfectures et les hôpitaux et cliniques pour faciliter l'accès au séjour des étrangers hospitalisés ; que les préfets rappellent à leurs services l'illégalité des refus d'enregistrer les demandes présentées par des étrangers résidant en France depuis moins de douze mois et envisagent de prendre, le cas échéant, des sanctions disciplinaires à l'encontre des agents qui ne respecteraient pas ces instructions ; de publier la liste des pièces exigibles pour une demande de titre pour soins ; que les préfets ne puissent fonder leurs refus de séjour sur des considérations relevant de la compétence des médecins (gravité de la pathologie, disponibilité du traitement dans le pays d'origine) ; que le ministère de la Santé réitère, notamment à l'égard des médecins de l'OFII qui seront en charge de l'évaluation médicale, ses instructions relatives aux personnes atteintes du VIH.

Accès à la carte de résident : saisi de refus de cartes de résident opposés oralement à des étrangers séjournant régulièrement en France depuis plus de cinq ans au motif que, admis au séjour pour raisons médicales, ils n'auraient pas vocation à séjourner durablement en France, le Défenseur a présenté des observations devant le tribunal administratif ([MLD-2012-77](#) et [MLD-2014-100](#)), estimant que ces refus

sont illégaux et discriminatoires. Le juge ayant chaque fois annulé les refus, le Défenseur demande que les termes de ces jugements soient rappelés à l'ensemble des services préfectoraux en charge du séjour des étrangers.

Séjour des parents étrangers d'enfants malades : si la loi du 7 mars 2016 a amélioré leur statut en prévoyant qu'une autorisation provisoire de séjour (APS) autorisant à travailler puisse être délivrée aux deux parents – et non plus à un seul des deux –, leur situation demeure néanmoins précaire. En effet, la détention d'une APS peut, du fait de la fragilité du droit au séjour qu'elle confère (six mois maximum), entraver l'accès de son titulaire à un emploi, un logement ou encore des prestations sociales, alors même que l'intérêt supérieur de l'enfant malade commanderait de faciliter ces accès. Sur la base de cette analyse, le Défenseur a présenté des observations devant la CAA de Paris qui a annulé la décision portant refus de délivrer une carte de séjour d'un an au parent d'un enfant malade vivant sous couvert d'APS depuis plus de trois ans ([MLD-2015-220](#)). Conforté par une jurisprudence solide, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que la loi soit modifiée pour prévoir la délivrance d'une carte « vie privée et familiale » au parent étranger d'un enfant malade lorsqu'il s'avère, après le premier renouvellement de l'APS, que l'état de santé de l'enfant nécessite des soins de longue durée en France (Avis n°[15-20](#) et [16-02](#) précités).

Les victimes de violences conjugales

Lorsqu'ils ont subi des violences de la part de leur conjoint après leur entrée en France mais avant la délivrance d'un premier titre de séjour, les conjoints de Français ou d'étrangers bénéficiaires du regroupement familial doivent bénéficier de plein droit d'un titre de séjour. Toutefois, ce droit peut se trouver entravé par des pratiques illégales : refus d'enregistrement des dossiers, demande d'acquittement de la taxe OFII alors qu'ils en sont exemptés. En revanche, les personnes étrangères victimes de violences conjugales bénéficient, pour le renouvellement de leur titre de séjour, de dispositions moins favorables, celui-ci étant soumis à l'appréciation discrétionnaire des préfets. Or, les pièces exigées pour apprécier la réalité des violences varient considérablement d'une préfecture à l'autre, certaines préfectures exigeant même, en contradiction avec les instructions du ministère, la production d'une ordonnance de protection. Aussi, le Défenseur relève avec satisfaction l'amélioration qu'il a recommandée à plusieurs reprises, opérée par la loi du 7 mars 2015 relative au droit des étrangers et par laquelle le renouvellement du titre de séjour de ces victimes est rendu obligatoire. Il craint toutefois que certaines préfectures continuent à subordonner ce renouvellement à certaines conditions non prévues par les textes.

Les victimes de la traite

Le Défenseur des droits prend acte avec satisfaction de la nouvelle disposition issue de loi du 7 mars 2016 qui, dans le droit fil de ses recommandations, garantit la délivrance d'une carte de séjour « vie privée et familiale » à l'étranger qui dépose plainte contre une personne accusée d'avoir commis à son encontre les infractions de traite des êtres humains visées par le code pénal ou témoigne dans une procédure pénale concernant une personne poursuivie pour ces mêmes infractions.

Les détenus

Du fait de leur incarcération, ces derniers rencontrent des difficultés pour accéder aux guichets des préfectures, si bien qu'ils sortent très souvent de prison sans droit au séjour, alors même qu'ils étaient parfois titulaires, en entrant, d'un titre de séjour renouvelable de plein droit. Pour remédier à ces difficultés, les ministères de l'Intérieur et de la Justice ont encouragé, par voie de circulaire, la conclusion de protocoles entre les préfectures et les établissements pénitentiaires. Pourtant, cette circulaire n'a pas reçu l'écho escompté. Aussi, le Défenseur recommande que des dispositions soient prises, si besoin au niveau réglementaire, pour que les conventions préconisées soient effectivement et rapidement conclues. Ces conventions devront notamment permettre d'organiser des permanences préfectorales au sein des établissements pénitentiaires.

Les travailleurs migrants

Droits des travailleurs avec ou sans autorisation de travail : si les étrangers doivent en principe justifier d'une autorisation de travail pour pouvoir travailler en France, ils sont en tout état de cause protégés par le droit du travail, du fait de leur qualité de travailleur : alors que le code réserve des dispositions spéciales à l'indemnisation des licenciements fondés sur l'absence d'autorisation de travail, la Cour de cassation développe une jurisprudence protectrice à l'égard des étrangers rencontrant des difficultés à faire renouveler leur autorisation, encourageant l'employeur à faire preuve de souplesse dans ce cas. Or, ces droits sont trop souvent méconnus, non seulement des employeurs, mais également des conseillers prud'homaux, ce qui peut conduire à des licenciements abusifs ou des refus d'embauche discriminatoires. Aussi, le Défenseur demande qu'une action de promotion des droits du travailleur étranger soit déployée à destination des employeurs et que des modules de formation spécifiques soient créés à destination des conseillers prud'homaux.

Vulnérabilité des travailleurs dépourvus de droit au séjour : du fait de l'irrégularité de leur situation, ces derniers se trouvent plus for-

tement exposés au risque d'exploitation et donc de violations inacceptables des droits que leur confère le Code du travail, mais également, et surtout, de droits intangibles, tels que celui de ne pas être exposé au travail forcé ou à la traite. C'est pourquoi le Défenseur recommande qu'une réflexion autour de la qualification du délit de traite soit menée de façon à permettre une sanction plus efficace des employeurs soumettant les travailleurs sans droit au séjour et autorisation de travail à des conditions de travail indignes. Pour permettre à ces travailleurs de mieux exercer leurs droits, il recommande en outre d'élargir la notion d'interpellation déloyale au cas où elle a lieu devant une juridiction où l'étranger s'est rendu pour faire valoir ses droits, *a fortiori* lorsqu'il a été dénoncé par la personne avec laquelle il est en litige (conjoint ou employeur).

Précarité des cartes « salarié » et « travailleur temporaire » : le Défenseur a identifié, au niveau législatif, une tendance à consolider le droit au séjour de certains étrangers hautement qualifiés tout en fragilisant par ailleurs le statut des étrangers autorisés à séjourner en France sous couvert de cartes « salarié » ou « travailleur temporaire » (*Avis n^{os} 15-20 et 16-02 précités*). Ces derniers pâtissent ainsi d'un droit au séjour particulièrement précaire, subordonné au renouvellement incertain de leur autorisation de travail. Aussi, le Défenseur recommande que les dispositions réglementaires du Code du travail soient modifiées de façon à ce que le renouvellement de cette autorisation ne puisse plus être mis en péril du fait de fautes commises par l'employeur. Il recommande en outre l'examen bienveillant des demandes présentées en vue d'occuper un poste situé hors du périmètre défini par la première autorisation de travail lorsque l'étranger s'est trouvé involontairement privé de l'emploi pour lequel lui avait été délivrée la première autorisation. Par ailleurs, dans un contexte où, contrairement aux recommandations formulées par le Défenseur, le législateur a décidé de restreindre l'accès à la carte « salarié » aux titulaires d'un CDI, le Défenseur recommande que plusieurs dispositions réglementaires du Code du travail soient modifiées pour renforcer les droits des titulaires de la carte « travailleur temporaire », ces derniers bénéficiant en effet actuellement, à plusieurs égards (périmètre de l'autorisation de travail, inscription à Pôle emploi, droit aux indemnités chômage), de droits moindres que ceux conférés par la carte « salarié ». Enfin, le Défenseur recommande d'ajouter, au titre des motifs de licenciement ou de rupture de contrats aidés susceptibles d'exonérer l'employeur du remboursement des aides perçues, la perte de l'autorisation de travail, l'absence de prise en compte d'un tel motif exposant en effet les titulaires de cartes de séjour temporaire à des refus d'embauche discriminatoires et restreignant leurs perspectives de retour à l'emploi.

DROIT AU SÉJOUR ET NON-DISCRIMINATION

Alors que, de prime abord, le droit de la non-discrimination semble difficilement mobilisable sur le terrain du droit au séjour, la Halde, et à sa suite le Défenseur des droits, ont pu constater que pouvaient exister, sur ce terrain, des discriminations fondées sur des critères autres que la nationalité. Ils se sont ainsi prononcés à de nombreuses reprises, par la voie de recommandations ou d'observations portées devant les tribunaux, sur le caractère discriminatoire de refus de regroupement familial ou de carte de résident opposés à des personnes bénéficiaires de l'AAH en raison de l'insuffisance de leurs ressources (voir [MLD-2013-145](#) et [MLD-2014-168](#) pour le regroupement familial et [MLD-2012-77](#), [MLD-2014-100](#), [MLD-2014-164](#) pour la carte de résident). Cette mobilisation n'a pas été vaine puisque la loi prévoit désormais que toute personne étrangère soumise au CESEDA et bénéficiaire de l'AAH – quel que soit son taux d'incapacité – soit exonérée de la condition de ressources fixée pour le bénéfice du droit au regroupement familial. En revanche, l'accès à la carte de résident demeure fermé à certaines personnes handicapées. Aussi, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que tous les bénéficiaires de l'AAH, quel que soit leur taux d'incapacité, soient exonérés de la condition de ressources pour l'accès à la carte de résident.

Par ailleurs, dans le contexte d'un droit complexe aux sources multiples, le Défenseur a constaté que des discriminations fondées sur la nationalité pouvaient être identifiées sur le terrain du droit au séjour en raison des différences de traitements établies entre étrangers. C'est ainsi qu'il a pu formuler des recommandations tendant à mettre un terme aux discriminations à rebours subies par les conjoints de Français, lesquels se trouvent, à plusieurs égards, dans une situation moins favorable que les conjoints de ressortissants européens établis en France ([MLD-2014-071](#), 9 avril 2014). Constatant par ailleurs que certaines dispositions favorables du CESEDA, telles que celles exonérant les bénéficiaires de l'AAH de la condition de ressources fixées pour l'accès au regroupement familial ou à la carte de résident, ou celles protégeant le séjour des étrangers victimes de violences conjugales, sont sans effet pour les étrangers dont le droit au séjour est exclusivement réglé par des accords bilatéraux, le Défenseur demande qu'il soit rappelé aux préfets que l'existence de ces conventions ne les dispense jamais d'exercer leur pouvoir de régularisation exceptionnelle, et que ces conventions doivent être écartées lorsque leur application a pour effet de contrevenir à l'ordre public français ou aux droits fondamentaux protégés par la Convention EDH et la CDE.

III. L'ÉLOIGNEMENT DES ÉTRANGERS

Pendant du pouvoir discrétionnaire de l'État en matière de contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur son territoire, la sanction de l'immigration illégale ne peut s'exercer dans un État de droit, sur le fond comme sur la forme, que dans le respect des droits fondamentaux des étrangers.

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

La possibilité de prononcer des mesures visant à éloigner du territoire les étrangers qui ne sont pas – ou plus – autorisés à y séjourner se trouve encadrée par le droit à différents niveaux : interne, européen et international. Constatant que ces cadres sont insuffisamment respectés, le Défenseur formule des recommandations tendant à :

Renforcer l'effectivité des protections contre l'éloignement prévues par la loi

La loi prévoit des protections spéciales au bénéfice des étrangers pour lesquels une mesure d'éloignement emporterait une atteinte particulièrement grave à certains droits fondamentaux, tels que le droit au respect de la vie privée et familiale, la prohibition des traitements inhumains ou dégradants, ou encore l'intérêt supérieur de l'enfant. Certaines de ces protections, bien que formellement formulées en termes absolus, demeurent en réalité soumises à l'appréciation du préfet. C'est le cas des protections garanties aux conjoints de français ou encore aux étrangers malades. D'autres protections, alors qu'elles lient parfaitement l'autorité administrative, sont contournées via la mise en œuvre de procédures expéditives. C'est le cas de la protection absolue contre l'éloignement dont bénéficient les mineurs isolés.

Les mineurs isolés : si la loi ne s'oppose pas à l'éloignement des mineurs en même temps que leurs parents, elle exclut en revanche qu'ils puissent eux-mêmes faire l'objet d'une mesure d'éloignement. Pourtant, fréquemment saisi de situations de jeunes se déclarant mineurs placés en rétention au terme d'évaluations hâtives de leur minorité, le Défenseur est conduit, avec des résultats inégaux, à intervenir auprès des préfets pour qu'il soit procédé à des évaluations conformes aux préconisations du ministère de la Justice, ou à présenter des observations devant les juridictions saisies de la légalité des mesures d'éloignement ([MDE-2013-66](#) et [MDE-2015-157](#)). Aussi, il recommande que les forces de l'ordre confrontées à un jeune étranger se déclarant mineur vérifient auprès des services du Conseil départemental que la situation du jeune n'est pas déjà connue et, si tel n'est pas le cas, l'orientent vers les services en charge de l'évaluation des mineurs isolés. Il engage

en outre les préfets à préciser, dans les décisions qu'ils prennent en vue de l'éloignement de jeunes dont la minorité est contestée, qu'il a bien été tenu compte des actes d'états civils présentés. Enfin, il réitère ses recommandations tendant à ce qu'une évaluation complète de la situation des mineurs isolés par les services socio-éducatifs intervienne systématiquement avant toute convocation, audition, ou présentation à la police des frontières ([MDE-2012-179](#)).

Cas des mineurs isolés à Mayotte : à plusieurs reprises, le Défenseur a présenté des observations devant les juridictions saisies de la pratique des autorités mahoraises consistant, pour pouvoir procéder à l'éloignement d'un mineur entré irrégulièrement sur le territoire, à établir un lien artificiel entre ce dernier et un adulte entré sur le territoire par les mêmes moyens (*par exemple* : [MDE-MSP-2015-02](#)). Cette pratique, qui aboutit au placement en rétention et à l'éloignement de mineurs parfois très jeunes et pouvant attester d'attaches familiales à Mayotte, contrevient à plusieurs stipulations de la Convention EDH ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans une décision récente, le juge des référés du Conseil d'État, suivant les observations du Défenseur, a ainsi précisé les obligations procédurales qui devaient entourer l'éloignement d'un mineur et enjoint l'administration à examiner, sous quinze jours et sous astreinte, la demande de regroupement familial présentée au bénéfice du mineur éloigné en méconnaissance de ces obligations procédurales. Au regard de cette jurisprudence favorable, la nécessité d'assurer l'effectivité du contrôle juridictionnel des mesures d'éloignement prises par les autorités mahoraises se fait plus pressante (voir *infra*).

Les étrangers représentant ou ayant représenté une menace à l'ordre public : certaines mesures d'éloignement, telles que l'expulsion, ne visent pas tant à sanctionner le séjour irrégulier de l'étranger qu'à prévenir un risque d'atteinte à l'ordre public. Susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'étrangers ayant de fortes attaches en France et se trouvant en séjour régulier depuis de nombreuses années, elles peuvent être particulièrement attentatoires à la vie privée et familiale. Aussi, le législateur a non seulement prévu, au bénéfice de certains étrangers, des protections au fond, mais également des garanties procédurales visant à assurer un juste équilibre entre les considérations d'ordre public et les droits fondamentaux en cause. Parmi ces garanties figure l'obligation de procéder à un réexamen quinquennal de l'opportunité d'une mesure d'expulsion. Saluant l'existence d'une telle garantie, le Défenseur des droits estime toutefois qu'il faudrait prévoir, pour assurer sa pleine efficacité : la notification à l'étranger, par écrit, de la décision de procéder au réexamen, celui-ci devant être mis à même de présenter ses observations en temps utile ; la consultation de la Commission départementale des expulsions. Par ailleurs,

il recommande que les réexamens aient lieu tous les trois ans, et non tous les cinq ans.

Concilier l'éloignement des parents d'enfants mineurs avec le droit au respect de la vie privée et familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant

Si les parents d'enfants mineurs ne bénéficient d'aucune protection légale expresse, leur éloignement peut néanmoins soulever des difficultés au regard du droit au respect de la vie privée et familiale ou de l'intérêt supérieur des enfants. Le juge administratif étant parfois conduit à censurer des éloignements contraires à ces droits fondamentaux, il importe que les autorités tiennent spécifiquement compte, lorsqu'elles envisagent un éloignement, de la situation de parent d'enfant mineur qui peut être celle de l'étranger. À cet égard, le Défenseur a pu dénoncer le caractère expéditif de certains éloignements opérés par les autorités mahoraises sans procéder à ces vérifications préalables ([MDS-2013-235](#)). Il recommande, en tout état de cause, que les critères à prendre en compte pour envisager l'admission exceptionnelle au séjour des parents étrangers d'un enfant mineur soient précisés conformément à la jurisprudence établie (scolarisation, état de santé de l'enfant, impossibilité de reconstitution de la cellule familiale à l'étranger, etc.).

Limiter le prononcé des interdictions de retour sur le territoire (IRTF) au cadre fixé par le droit européen

Créée par la loi Besson en 2011, l'IRTF peut être prononcée en même temps qu'une obligation de quitter le territoire (OQTF) pour interdire à l'étranger éloigné de revenir sur le territoire pendant une durée fixée par la mesure. En prévoyant de rendre cette interdiction automatique dans certains cas (refus de délai de départ volontaire, soustraction à une précédente mesure d'éloignement), la loi du 7 mars 2016 semble formellement transposer le droit européen. Toutefois, il apparaît qu'elle n'en retient pas toutes les garanties, autorisant finalement un recours aux IRTF bien plus large que ce que prévoit le droit européen. Aussi, le Défenseur recommande : que la notion de « risque de fuite », qui permet de refuser l'octroi d'un délai de départ volontaire, soit revue dans un sens conforme au droit européen ; que la notion de « circonstances humanitaires », au regard desquelles l'autorité peut décider de ne pas prononcer d'IRTF, soit précisée ; que les étrangers bénéficiant de protections légales contre l'éloignement soient autorisés à demander l'abrogation de l'IRTF dont ils font l'objet sans avoir à solliciter, au préalable, leur assignation à résidence. Par ailleurs, considérant que la possibilité de prononcer une OQTF à l'encontre d'un ressortissant européen dont le séjour serait constitutif

d'un « abus de droit » ou qui représenterait une menace pour l'ordre public, introduite par la loi Besson, outrepassé ce qui est admis par le droit européen, le Défenseur réitère *a fortiori* son opposition à la possibilité, introduite par la loi du 7 mars 2016, d'assortir cette OQTF d'une IRTF. Il demande en outre que les notions d'« abus de droit » et de menace à l'ordre public soient précisées dans un sens conforme au droit de l'UE (*Avis n^{os} 15-17, 15-20 et 16-02, précités*).

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

L'exécution des mesures d'éloignement, même bien fondées, doit encore être conciliée avec le respect des droits fondamentaux en cause. Considérant qu'à ce stade, les objectifs d'efficacité priment trop souvent sur la prise en compte de ces droits, le Défenseur formule les recommandations suivantes :

Veiller à ce que les interpellations n'entraient pas l'exercice d'autres droits

Respect de l'intérêt supérieur des enfants : lorsqu'il est envisagé de procéder à l'éloignement de parents accompagnés de leurs enfants mineurs, l'intérêt supérieur de ces derniers doit être une considération primordiale (*MDS-2014-019*). À cet égard, le Défenseur recommande de compléter les instructions du ministre de l'Intérieur pour préciser la nécessité d'accorder, dans le cadre des interpellations de familles, un temps raisonnable à la préparation des affaires, et interdire l'exécution de mesures d'éloignements au cours de l'année scolaire lorsqu'elles impliquent la déscolarisation d'enfants scolarisés depuis plusieurs mois.

Droit des victimes à porter plainte : ayant eu à connaître de cas de personnes en séjour irrégulier interpellées alors qu'elles venaient déposer une plainte pour violences (*MDS-2010-66*), le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que la portée des jurisprudences développées par la Cour EDH et la Cour de cassation en matière d'interpellations déloyales soit rappelée aux forces de l'ordre et demande que des dispositions soient prises pour assurer, au moment du dépôt plainte, l'information des personnes sur les dispositions protectrices du CESEDA dont elles pourraient bénéficier.

Renforcer les droits des personnes retenues en centres de rétention administrative (CRA)

D'abord développée en marge du droit, la pratique de la rétention administrative bénéficie aujourd'hui d'une solide assise juridique, en droit interne comme européen. En dépit de ce cadre juridique,

le Défenseur est régulièrement saisi de placements en rétention contraires aux droits fondamentaux suivants :

Le droit à la sûreté : saisi du maintien en rétention d'un étranger en dépit d'une ordonnance de libération prononcée par le juge des libertés et de la détention (JLD), le Défenseur a conclu à l'existence d'une privation arbitraire de liberté et rappelé que la seule voie légitime de contestation d'une décision judiciaire était l'appel ([MDS-2013-218](#)).

L'intérêt supérieur de l'enfant : en dépit des instructions du ministre de l'Intérieur tendant à ce qu'il ne soit procédé à la rétention des familles qu'en dernier recours, le nombre d'enfants placés en rétention augmente sensiblement chaque année. Estimant que la rétention administrative d'enfants, qu'ils soient accompagnés ou non, est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'aux articles 3, 5 et 8 de la Convention EDH, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que la rétention des mineurs, isolés ou non, soit prohibée par la loi de façon expresse et sans exception (*voir notamment l'Avis n°16-02, précité*). Il recommande en outre un meilleur encadrement de la sortie de CRA des jeunes finalement reconnus mineurs : information et orientation vers les services compétents ; transmission d'une « information préoccupante » au Conseil départemental ; information du parquet sur le motif de sortie du mineur ; notification au mineur d'une décision mentionnant le motif de sa libération.

Le droit à la protection de la santé :

En centre de rétention : Bien que protégé par la loi, le droit au médecin est mal garanti en rétention, en ce qu'il est notifié aux seuls étrangers présentant des troubles manifestes, que la qualité des consultations. Par ailleurs, faute de cadre normatif contraignant, de fortes disparités existent entre les dispositifs organisant l'accès au médecin au sein des différents CRA. Aussi, le Défenseur recommande qu'un dispositif contraignant précise les modalités d'exercice du droit au médecin des personnes retenues.

Par ailleurs, le Défenseur constate que, faute encore de cadre normatif, les médecins ont développé des pratiques divergentes s'agissant de l'évaluation de la compatibilité de l'état de santé avec la rétention. Aussi, le Défenseur recommande qu'un texte contraignant prévoie expressément la compétence des médecins de l'UMCRA pour rédiger les certificats d'incompatibilité, à l'exclusion des médecins des ARS — et demain de l'OFII —, compétents pour évaluer la compatibilité de l'état de santé avec l'éloignement.

Des dispositions doivent également être prises pour engager les autorités administratives et judiciaires ayant besoin d'un avis à missionner un médecin de santé publique ou expert, les médecins de l'UMCRA sollicités dans ce cadre étant invités à se récuser.

Ayant également été alerté de ce que, dans le silence des textes, les régimes de l'hospitalisation sous contrainte et de la rétention pouvaient être cumulés, au risque de priver la personne concernée de certaines garanties, et notamment de son droit au recours, le Défenseur recommande de clarifier le régime juridique applicable aux personnes hospitalisées lors de leur rétention : en cas d'extraction pour consultation médicale, l'étranger devrait rester sous la responsabilité du médecin UMCRA et soumis au régime de la rétention, les textes devant impérativement retenir dans ce cas l'effet suspensif de telles extractions sur les délais de recours ; en cas d'hospitalisation sous contrainte plus durable, il doit être mis fin à la mesure de rétention.

Enfin, le Défenseur recommande que des dispositions soient prises pour améliorer l'information actuellement lacunaire des personnes retenues libérées pour raison médicale : notification d'une décision écrite mentionnant les motifs de la libération ; remise du dossier médical complet incluant, le cas échéant, le certificat d'incompatibilité avec la rétention ; information sur la procédure de demande de titre pour soins.

Le droit d'asile : bien que la réforme de l'asile adoptée en juillet 2015 ait conduit à certaines améliorations du régime de l'asile en rétention, celui-ci mériterait encore d'être consolidé par : une reformulation de la loi plus conforme à la jurisprudence administrative s'agissant des éléments susceptibles de justifier le maintien en rétention de l'étranger sollicitant l'asile ; l'allongement du délai dans lequel peut être déposée une demande d'asile en rétention ; la consécration dans la loi du caractère suspensif de plein droit du recours introduit devant la CNDA (*Avis n°14-10, précité*).

Le droit des victimes à la réparation de leur préjudice : le Défenseur a été saisi à plusieurs reprises de cas de personnes victimes de vols en rétention. Alors que de telles situations pourraient engager la responsabilité de l'État, les victimes voient leur droit à réparation entravé, soit qu'elles sont éloignées avant que les enquêtes diligentées à la suite de leur plainte n'aient pu aboutir, soit qu'elles n'ont tout simplement pas été informées de leurs droits. Aussi, le Défenseur recommande que la loi soit modifiée pour inclure, au titre des droits devant être notifiés à l'étranger à son entrée en CRA, le droit de porter plainte et d'engager, le cas échéant, la responsabilité de l'administration.

LA MARGINALISATION ANNONCÉE DU RECOURS À LA RÉTENTION AU PROFIT DE L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE (AAR)

Pour mettre le droit interne en conformité avec les exigences européennes, la loi du 7 mars 2016 a entendu ériger l'AAR des personnes

faisant l'objet d'une mesure d'éloignement au rang de principe, la rétention ne devant plus intervenir qu'à titre subsidiaire, lorsque l'étranger ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque de fuite. Toutefois, la transposition des exigences fixées par le droit européen est insatisfaisante à plusieurs égards : d'abord car le législateur a retenu une notion de « risque de fuite » plus souple que celle envisagée par le droit européen, telle qu'elle ne confère finalement aucun caractère exceptionnel à la mesure de rétention, ensuite car les dispositions adoptées autorisent à l'infini le passage de la rétention à l'AAR et inversement, si bien que les deux mesures entretiennent finalement un rapport cumulatif et non plus seulement alternatif, comme l'envisage le droit européen. Aussi, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à : supprimer les présomptions légales du risque de fuite, celui-ci ne devant être caractérisé qu'au terme d'un examen contradictoire de la situation individuelle et du comportement de l'intéressé ; exclure le placement en rétention de l'étranger dont le non-respect des prescriptions de l'AAR serait exceptionnel ou involontaire ; exclure toute possibilité d'assigner à résidence l'étranger sortant de rétention. Par ailleurs, le Défenseur réitère ses inquiétudes relatives au manque d'encadrement des modalités de l'AAR et recommande à nouveau que soient inscrites dans la loi : la nécessité de prendre en compte la vulnérabilité des personnes assignées ; l'interdiction de contraindre les parents à venir pointer accompagnés de leurs enfants ; l'impossibilité d'exécuter une mesure d'éloignement à l'occasion d'un pointage au commissariat. Enfin, le Défenseur demande une nouvelle fois que soient supprimées les possibilités d'interpellation à domicile et de recours à la contrainte policière ouvertes par la loi du 7 mars 2016 contre les étrangers ayant fait obstruction à l'exécution de leur éloignement, ou refusé de se présenter volontairement aux autorités consulaires (Avis n^{os} [15-20](#) et [16-02](#), précités)

Prévenir les risques d'atteintes à l'intégrité physique et psychique lors de la mise en œuvre des éloignements par voie aérienne

Le temps de la reconduite par voie aérienne est un moment particulièrement tendu où le juste équilibre entre le recours à la force ou à des moyens de contraintes, d'une part, et le respect de la dignité et de l'intégrité physique et psychique de la personne éloignée, d'autre part, s'avère difficile à trouver. Pour tenir compte des spécificités propres à cette mission d'éloignement, un corps spécialement dédié aux escortes internationales, l'Unité nationale d'escorte, de soutien et d'intervention

(UNESI), a été créé. Une instruction du 17 juin 2003 précise ses missions et les moyens de contraintes auxquels il peut recourir. Toutefois, d'autres agents, non spécialisés, sont également susceptibles d'intervenir dans le cadre de ces éloignements. Or, l'instruction du 17 juin 2003 mériterait d'être réformée sur plusieurs points : préciser les dispositions applicables aux missions de conduite dans l'avion réalisées par des unités non spécialisées, lesquelles doivent, en tout état de cause, être placées sous la supervision d'un gradé escorteur ; revoir, dans un sens conforme aux exigences fixées par les Codes de procédure pénale et de la sécurité intérieure, les critères fixés pour autoriser le recours à des moyens de contraintes, la notion d'« étranger récalcitrant » actuellement retenue par l'instruction ne permettant pas de respecter ces exigences ([MDS-2015-294](#)). Par ailleurs, pour permettre aux instances administratives de contrôle d'exercer leur mission, le Défenseur demande que les enregistrements vidéo des centres et locaux de rétention administrative soient conservés six mois, à l'instar de ce qu'il a recommandé dans le domaine pénitentiaire ([MDS-2014-118](#)).

Garantir le respect des formalités requises pour le renvoi vers le pays de destination

L'étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement peut être renvoyé vers le pays dont il a la nationalité ou vers tout autre pays qui lui aurait délivré un passeport ou document de voyage en cours de validité. S'il ne dispose pas de tels documents, sa reconduite ne peut être exécutée qu'à la condition que les autorités consulaires du pays de renvoi délivrent un laissez-passer consulaire, à moins qu'un accord de réadmission n'en dispose autrement. Or, à plusieurs reprises, le Défenseur a été saisi de pratiques tendant à contourner ces exigences. En premier lieu, il a constaté l'existence d'une pratique courante en Guyane, consistant à renvoyer vers des pays voisins, tels que le Suriname ou le Brésil, des étrangers qui n'y sont pas légalement admissibles ([MSP-2015-073](#)). Il recommande qu'il soit immédiatement mis fin à ces éloignements illégaux. En second lieu, le Défenseur a eu à connaître de la pratique consistant à éloigner des étrangers dépourvus de passeport ou de documents de voyage valides sur la base, non pas de laissez-passer consulaires, mais de documents unilatéralement délivrés par les autorités françaises, en l'occurrence des « laissez-passer européens » et des documents dits « laissez-passer préfectoraux ». L'existence juridique de tels documents est, sinon floue pour les premiers, tout simplement fictive pour les seconds. Aussi, le Défenseur recommande de : préciser les hypothèses où il peut être recouru au laissez-passer européen (il conviendrait de limiter ce recours aux cas où il est expressément prévu par un accord de réadmission ou un traité bilatéral) ; préciser les modalités de délivrance du laissez-passer préfectoral utilisé par les préfets de la Gua-

deloupe, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin pour acheminer des étrangers au CRA des Abymes en Guadeloupe ; interdire le recours à un tel document aux fins d'éloignement d'un étranger vers un pays voisins comme Haïti, tel que cela a pu être observé auparavant.

II.

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

Sortis du domaine régalien de l'entrée et du séjour, les étrangers bénéficient en principe, en matière d'accès aux droits, d'une égalité de traitement avec les nationaux, la nationalité devenant un critère prohibé de discrimination (d'autres critères, tels que la régularité du séjour, peuvent néanmoins être admis). Pourtant, les objectifs de maîtrise de l'immigration et de lutte contre l'immigration illégale, tout comme la banalisation du discours politique développé autour du « problème de l'immigration », conduisent à ce que cette égalité de traitement soit mise à mal, tant par des pratiques ouvertement illégales que par l'inventivité de textes de lois qui, par l'établissement d'autres critères que celui – prohibé – de la nationalité, reviennent néanmoins, dans les fait, à entraver l'accès aux droits des étrangers. Aussi, le Défenseur formule des recommandations tendant à ce que soit renforcée, au bénéfice des étrangers présents sur le territoire, l'effectivité des droits suivants :

I. LES DROITS CIVILS ET POLITIQUES

A. LA LIBERTÉ D'ALLER ET VENIR

Sanctionner les pratiques illégales tendant à restreindre la liberté d'aller et venir de certains étrangers pour les éloigner de leur lieu de vie

Le Défenseur a dénoncé ces restrictions illégales, développées à l'encontre des migrants de Calais ([MDS-2011-113](#) ; [Exilés et droits fondamentaux](#)), mais également de ressortissants roumains ou bulgares, supposés Roms, à la suite de la destruction des campements dans lesquels ils vivaient : régulation des sorties d'un gymnase où ils étaient hébergés, incitations pressantes au départ volontaire, intimidations policières ([MDS-2013-229](#) et [MDS-2015-288](#)). Plus récemment, le Défenseur a eu connaissance d'une note interne diffusée dans un commissariat parisien demandant aux agents de localiser les familles

« roms » dans la rue et de les évincer systématiquement. Considérant que la crainte de voir apparaître des lieux de vie illégaux ne doit pas primer sur la protection des personnes vulnérables, le Défenseur rappelle que toute restriction illégale à la liberté d'aller et venir des populations d'origine rom doit être prohibée, quand bien même elle ne serait que temporaire, liée à l'attente d'une solution de relogement ou de la mise en œuvre d'un retour humanitaire.

Renforcer l'encadrement des procédures de contrôle de droit commun pour limiter les risques de contrôles discriminatoires

Alors que le CESEDA prévoit des procédures spécifiques pour contrôler la régularité du séjour des étrangers (voir *infra*), le Défenseur constate que trop souvent, ce sont les procédures de droit commun établies par le code de procédure pénale qui sont détournées pour effectuer un contrôle ciblé et potentiellement discriminatoire des étrangers présents sur le territoire.

Contrôles fondés sur la commission ou tentative de commission d'une infraction : Le Défenseur constate une utilisation abusive - et de fait discriminatoire - de ces contrôles, dans des lieux où la présence de migrants est notoire, pour sanctionner des infractions contraventionnelles qui semblent n'être jamais relevées par ailleurs (crachat ou jet de détritus sur la voie publique, franchissement d'une route en dehors des passages piétons, etc.). Voir par exemple : [MDS-2011-113](#) s'agissant des contrôles exercés sur les migrants vivant à Calais.

Contrôles sur réquisitions du Procureur : ceux-ci permettent de procéder, dans un lieu et pour un temps déterminés, à des contrôles aux fins de rechercher et poursuivre des infractions préalablement déterminées. Au titre des infractions susceptibles d'être recherchées dans ce cadre figurent, à côté de celles liées au proxénétisme ou au trafic de stupéfiants, celles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. Or, ainsi que l'ont souligné la CNDS puis le Défenseur, la façon dont sont sélectionnées les personnes contrôlées sur ce fondement manque d'encadrement (*par exemple* : CNDS, *Rapport 2010*). Dans le contentieux dit des « contrôles au faciès », lequel a donné lieu à des observations du Défenseur ([MSP-MDS-MLD 2015-021](#)) suivies par un arrêt de sanction de la Cour d'appel de Paris, huit des treize demandeurs avaient d'ailleurs été contrôlés selon cette procédure. Pour garantir l'effectivité du contrôle juridictionnel susceptible d'être exercé sur ces contrôles potentiellement discriminatoires, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que soit assurée la traçabilité de ces contrôles (notifications de procès-verbaux, récépissés, enregistrements) et aménagée la charge de la preuve requise dans le

cadre de leur contestation. Il préconise par ailleurs qu'une réflexion soit engagée sur l'opportunité de maintenir, au titre des infractions susceptibles d'être recherchées dans le cadre de ces contrôles, celles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers.

Aménager un meilleur équilibre entre l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière poursuivi par les procédures dédiées aux étrangers d'une part et le respect de leurs droits fondamentaux d'autre part

D'autres procédures, plus spécifiquement dédiées à lutter contre l'immigration irrégulière, soulèvent des difficultés au regard de la liberté d'aller et venir et du droit à la sûreté :

Les contrôles transfrontaliers : ces contrôles, qui permettent de procéder, dans des zones qualifiées de frontalières et pour un temps limité, à des contrôles aléatoires, souffrent des mêmes lacunes que les contrôles opérés sur réquisitions du procureur : leur manque d'encadrement conduit à des contrôles opérés sur des critères subjectifs potentiellement discriminatoires. Aussi, le Défenseur recommande, là encore, d'assurer une meilleure traçabilité de ces contrôles et de prévoir un aménagement de la charge de la preuve en cas de contestation. Par ailleurs, le Défenseur a eu connaissance de contrôles transfrontaliers réalisés en dehors des zones frontalières, notamment à Mayotte ([MDS-2013-235](#)). Outre que ces contrôles sont illégaux, il est étonnant de constater que la loi autorise les contrôles transfrontaliers dans des territoires qui se situent hors de l'espace Schengen, ceux-ci ayant précisément été créés pour se substituer aux contrôles statiques aux frontières supprimés par la Convention Schengen. Aussi, le Défenseur recommande la suppression des contrôles transfrontaliers dans les territoires situés hors de l'espace Schengen.

Le contrôle et la vérification de la régularité du séjour : prévus par le CESEDA, ces contrôles ne peuvent en principe viser que des personnes présentant des signes extérieurs et objectifs d'extranéité, précisés par la jurisprudence : immatriculation étrangère, port d'un livre ou d'un écrit en langue étrangère, participation à une manifestation dont les banderoles montrent qu'elle regroupe des étrangers, etc. Toutefois, le Défenseur s'inquiète d'une récente jurisprudence ouvrant la possibilité de réaliser ces contrôles sur la base d'informations fournies par des tiers (déclarations du personnel d'un ferry en l'occurrence).

La retenue pour vérification du droit au séjour : créée pour faire suite à une décision de la Cour de justice de l'Union européenne interdisant le placement en garde à vue d'un étranger sur le seul motif

de son séjour irrégulier, cette mesure permet de retenir un étranger dans un local de police ou de gendarmerie, pour une durée maximale de 16 heures, en vue de procéder à la vérification de son droit au séjour. Dans un avis n° [12-03](#) du 15 novembre 2012, le Défenseur avait regretté la création de cette garde à vue « bis », dérogoatoire au droit commun, alors qu'il existait déjà une procédure de droit commun, la vérification d'identité, susceptible d'être utilisée pour procéder à ces vérifications. La durée maximale de 16 heures fixée pour ce dispositif d'enfermement *ad hoc* apparaît par ailleurs excessive au regard de la jurisprudence de la CJUE et des stipulations de l'article 5§1 (f) de la Convention EDH. Aussi, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que des dispositifs soient envisagés pour permettre de vérifier la régularité du séjour des étrangers dans des délais plus brefs (permanences nocturnes en préfecture par exemple) et, par suite, de fixer d'une durée maximale de retenue moins attentatoire à la liberté individuelle.

LA PÉNALISATION CROISSANTE DES ÉTRANGERS VIA LE DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT PÉNAL D'EXCEPTION ET SON PENDANT, LE DÉLIT DE SOLIDARITÉ

Développement d'un droit pénal d'exception : dans son avis n° [15-20](#), le Défenseur s'était prononcé sur deux amendements tendant à créer ou renforcer des sanctions susceptibles d'affecter plus spécifiquement les étrangers. La Convention de Genève de 1951 impose aux États de ne pas infliger de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation. Le Défenseur préconise l'abrogation du nouveau délit créé par la loi du 7 mars 2016 (utilisation du document d'identité ou de voyage d'un tiers aux fins d'entrer ou de se maintenir sur le territoire de l'espace Schengen) ainsi que le retrait des dispositions de la proposition de loi sur l'économie bleue visant à alourdir les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées contre les auteurs d'intrusions ou tentatives d'intrusion dans une zone portuaire d'accès restreint.

La résurgence des sanctions du délit de solidarité : si le CESEDA sanctionne l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, le législateur a néanmoins créé, en 2012, une immunité pénale au bénéfice des personnes qui se seraient livrées à de tels actes sans contrepartie directe ou indirecte, et dans le but d'assurer des conditions de vie décente à l'étranger ou de préserver sa dignité ou son intégrité physique. Vu les affaires récentes relatives à la sanc-

tion de délits de solidarité, le Défenseur réaffirme sa réticence de principe à l'égard de toute condamnation de l'aide désintéressée aux étrangers et alerte sur les atteintes aux droits fondamentaux que peuvent *a fortiori* receler de telles condamnations lorsqu'elles visent des personnes venues en aide à des étrangers vivant dans des conditions notoirement indignes, ou encore à des mineurs. Il réitère en outre ses recommandations tendant à ce que l'incrimination française du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers soit calquée sur celle prévue par le droit européen, lequel inclut une notion d'intentionnalité et fait expressément mention d'un « but lucratif ».

B. L'ACCÈS À LA JUSTICE

Garantir l'accès au juge

Le Défenseur a été saisi de difficultés récurrentes rencontrées par des étrangers pour accéder à l'aide juridictionnelle (AJ), notamment relatives à l'appréciation de la condition de ressources faite par les bureaux d'aide juridictionnelle (BAJ). Certains d'entre eux exigent en effet des pièces non prévues par les textes. Une difficulté particulière résulte en outre de l'obligation, fixée par le décret de 1991 relatif à l'AJ, de produire un avis d'imposition ou de non-imposition. Certains demandeurs, non imposables dans leur pays d'origine et présents sur le territoire français depuis seulement quelques mois, sont en effet dans l'incapacité de produire un tel document. Or, bien souvent, l'état d'impécuniosité de ces personnes ressort des termes mêmes des décisions qu'elles souhaitent contester (expulsion de terrains sur lesquels elles vivaient dans des abris de fortune ; OQTF motivées par une absence de ressources). Interrogé par le Défenseur sur ces pratiques, le ministère de la Justice a indiqué qu'il avait, dans une dépêche du 19 février 2015, demandé aux BAJ de ne pas exiger la production de pièces ne pouvant raisonnablement pas être produites au vu de la situation déclarée ou manifeste du demandeur, mais le texte ne prévoit pas de dérogation pour les demandeurs se trouvant dans l'impossibilité de produire un avis d'imposition. En conséquence, le Défenseur recommande que des dispositions réglementaires soient prises pour : rendre facultative la production d'un avis d'imposition ou, à tout le moins, dispenser de la production d'une telle pièce certaines personnes. Par ailleurs, il préconise qu'une circulaire applicable soit prise pour rappeler le caractère exhaustif des listes de pièces justificatives établies par le décret de 1991, fixer des lignes directrices pour l'appréciation des ressources.

Garantir le droit au recours effectif dans les collectivités d'outre-mer

Dans plusieurs collectivités d'outre-mer (Mayotte, la Guyane, Saint-Martin, la Guadeloupe et Saint-Barthélemy) le recours contre une mesure d'éloignement, par exception à ce que prévoit le droit commun, n'est pas suspensif de l'éloignement. À plusieurs reprises, le Défenseur a estimé que ce droit dérogatoire n'était pas conforme aux exigences du droit européen relatives au recours effectif (par exemple : [MDE-MSP-2015-02](#)). En 2012, la Cour EDH a confirmé cette analyse en condamnant la France pour violation de l'article 13 de la Convention. Pour faire suite à cet arrêt, la loi du 7 mars 2016 prévoit que, dans les territoires soumis au régime dérogatoire, les mesures d'éloignement ne peuvent faire l'objet d'une exécution d'office lorsqu'une requête en référé-liberté a été introduite. À cet égard, le Défenseur regrette que ces dispositions ne confèrent de caractère suspensif qu'au seul référé-liberté, cette procédure permettant seulement au juge de prendre des mesures provisoires et non d'annuler les décisions litigieuses. Or, il existe en Outre-mer une véritable difficulté sur ce point en raison de l'exécution qui y est faite des mesures d'éloignement (Avis n° [15-17](#), [15-20](#) et [16-02](#) précités). En conséquence, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que les règles applicables en Outre-mer soient alignées sur celles du contentieux administratif des OQTF de droit commun.

L'INTERPRÈTE : GARANT DES DROITS DE L'ÉTRANGER CONFRONTÉ À LA JUSTICE

Au-delà de la matière pénale, la législation interne protège expressément le droit à l'interprète de tout étranger faisant l'objet d'une mesure privative de liberté, ce droit devant impérativement lui être notifié dès lors qu'il se trouve maintenu en zone d'attente, placé en rétention ou encore s'il fait l'objet d'une retenue pour vérification de son droit au séjour. Le Défenseur est actuellement saisi de situations où l'interprète requis n'était pas spécialiste de la langue parlée par l'étranger privé de liberté. Le Défenseur est en outre régulièrement saisi de situations dans lesquelles les forces de l'ordre ont eu une interprétation manifestement trop large de la faculté de compréhension de la langue française de personnes en instance d'éloignement ([MDS-2013-199](#) et [MDS-2010-137](#)). Aussi, il demande que soit rappelé aux forces de l'ordre qu'il leur appartient de tout mettre en œuvre pour que l'étranger qui a formulé une demande d'interprète dans sa langue puisse effectivement en bénéficier d'un interprète.

C. LE DROIT AU MARIAGE

Veiller à ce que la lutte contre les mariages blancs et gris ne porte pas atteinte à la liberté matrimoniale des étrangers

La lutte contre les mariages blancs et gris conduit au renforcement régulier des procédures de contrôles *a priori* (sursis à célébration du mariage ; entretien préalable avec les deux époux), et semble favoriser le développement de pratiques illégales de la part de certaines mairies. Le Défenseur a ainsi eu à connaître de demandes de pièces non requises par la loi, d'entretiens intrusifs voire discriminatoires, ou encore d'un refus d'exécuter un jugement ordonnant la publication des bans. Aussi, il recommande de rappeler aux maires et agents d'état civil que les refus ou entraves à la célébration du mariage, fondés sur le seul motif de l'irrégularité du séjour d'un des deux époux sont contraires à la liberté du mariage constitutionnellement et conventionnellement protégée.

GARANTIR LE DROIT AU MARIAGE DES ÉTRANGERS DONT LE PAYS D'ORIGINE PROHIBE LE MARIAGE HOMOSEXUEL

Alors que la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe permet d'écarter la loi personnelle du conjoint étranger lorsque celle-ci interdit le mariage homosexuel, une circulaire du 29 mai 2013 est venue préciser que cette exception à la règle des conflits de loi ne pouvait concerner les ressortissants d'États ayant conclu avec la France une convention stipulant expressément que la loi personnelle des époux doit s'appliquer. Parmi ces États figurent le Maroc. Saisi de l'opposition formée par un procureur contre la célébration d'un mariage entre un Français et un Marocain, le Défenseur a décidé de porter des observations de la Cour de cassation. S'appuyant sur la clause d'ordre public contenue dans la Convention franco-marocaine, le Défenseur a estimé que celle-ci devait conduire à écarter les dispositions de la Convention imposant l'application de la loi personnelle des époux dès lors que l'application de ces dispositions aurait pour effet de contrevenir à plusieurs principes constitutifs de l'ordre public international français ([MLD-2014-072](#)). Par décision du 28 janvier 2015, la Cour de cassation a suivi ces observations. Le Défenseur estime que cette décision doit bénéficier à tous les ressortissants de pays interdisant le mariage homosexuel et liés par une convention avec la France, même si ces conventions ne comportent pas de clause d'ordre public. Or, en dépit de plusieurs courriers adressés au garde des sceaux pour

connaître les conséquences que le ministère entendait tirer de décision de la Cour de cassation, le Défenseur constate le mariage homosexuel demeure fermé à plusieurs nationalités. Aussi, il réitère ses recommandations tendant à que la circulaire du 29 mai 2013 soit modifiée pour préciser que le mariage homosexuel est ouvert en France à tous les étrangers, quelle que soit leur nationalité.

II. LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX

A. LE DROIT À LA PROTECTION DE LA SANTÉ

Mettre un terme aux difficultés rencontrées par les étrangers en situation irrégulière du fait de la protection maladie spécifique qui leur est ouverte

Le régime général de Sécurité sociale demeure fermé aux étrangers en situation irrégulière, qui relèvent ainsi d'un dispositif à part : l'aide médicale d'État (AME). Cette exclusion consacre dans les faits, pour les étrangers en situation irrégulière, un moindre droit à la prise en charge des frais de santé et donne lieu au développement de la part des caisses de pratiques divergentes et parfois illégales. Elle emporte par ailleurs pour les professionnels de santé, des contraintes administratives et financières supplémentaires qui tendent, ultimement, à entraver l'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière. C'est pourquoi le Défenseur formule les recommandations suivantes :

Traitement des demandes d'AME : les caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) réservent aux demandes d'AME un traitement différencié qui s'accompagne parfois d'un contrôle des conditions d'ouverture des droits excessivement restrictif et de demandes de pièces injustifiées. Ces pratiques freinent, voire empêchent, l'accès aux droits de ces derniers. Aussi, le Défenseur recommande que les 'obligation de célérité soi rappelée aux CPAM et que la liste des pièces susceptibles d'être exigées dans le cadre du contrôle des conditions d'ouverture du droit à l'AME soit précisée.

Accès à l'AME des ressortissants européens dépourvus de droit au séjour : le Défenseur constate que les ressortissants européens rencontrent des difficultés spécifiques pour accéder à l'AME : il arrive qu'ils se voient opposés, en lieu et place, des conditions requises pour l'ouverture des droits à l'AME, des conditions requises pour le séjour ([MSP-MLD-2013-130](#)), ou encore qu'ils soient renvoyés vers la Carte européenne d'assurance maladie (CEAM) alors que celle-ci à seulement vocation à couvrir les soins inopinés susceptibles d'intervenir

dans le cadre d'un séjour temporaire à l'étranger. Aussi, le Défenseur recommande qu'il soit procédé à un rappel des règles applicables pour l'admission à l'AME.

Prise en charge des bénéficiaires de l'AME : le maintien d'un dispositif de prise en charge spécifique aux étrangers en situation irrégulière entraîne, pour les professionnels et les établissements de santé, un surcoût administratif, voire financier, lié au fait que les bénéficiaires de l'AME ne disposent pas de carte vitale ([Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME, Rapport du Défenseur au Premier ministre, mars 2014](#)). C'est pourquoi le Défenseur réitère sa recommandation tendant à ce que la dualité des dispositifs CMU/AME – aujourd'hui PUMa/AME (voir infra) – soit reconsidérée de façon à simplifier les modalités d'intervention des CPAM, les démarches administratives des professionnels de santé et à faciliter l'accès à la médecine de ville des bénéficiaires de l'AME et prend acte avec satisfaction de l'engagement de la ministre des affaires sociales et de la santé d'augmenter la compensation financière versée au titre de la mission d'intérêt général « précarité » aux établissements ayant un fort taux de précarité. Il préconise en outre de repenser les critères d'éligibilité au versement de cette compensation, de façon à ce que les établissements concernés soient mieux ciblés.

Veiller à ce que la réforme PUMa ne fragilise pas l'accès des étrangers en situation régulière à l'Assurance maladie

Créée par la récente réforme de l'Assurance maladie, la protection maladie universelle (PUMa), qui vise pourtant à universaliser la prise en charge des frais de santé, demeure fermée aux étrangers en situation irrégulière. En outre, le Défenseur s'inquiète des conséquences que pourrait avoir cette réforme sur l'accès à l'Assurance maladie de certains étrangers en situation régulière :

Suppression de la notion de « maintien de droits » : avant la réforme, les droits à l'assurance maladie étaient maintenus pendant un an en cas de perte de l'une des conditions d'ouverture des droits, parmi lesquelles le droit au séjour. Or, dans un contexte de précarisation du séjour, la suppression de ce dispositif expose les étrangers bénéficiant de titres de séjour de courte durée à un risque accru de rupture de droits. Ce risque pourrait en outre se trouver renforcé du fait des pratiques illégales de certaines préfectures qui délivrent, en lieu et place des récépissés de renouvellement de titres, des documents ne valant pas droit au séjour. Aussi, le Défenseur demande à être consulté dans le cadre de la rédaction des textes réglementaires d'application de la réforme, de façon à pouvoir vérifier que toutes les dispositions ont

été prises pour prémunir les étrangers contre le risque accru de rupture de droits auquel ils pourraient se trouver exposés du fait de la suppression du maintien des droits pendant un an.

Suppression des ayants droits majeurs : introduite par la réforme PUMa, cette suppression a pour effet d'exclure pendant 3 mois du bénéfice de l'assurance maladie des personnes autrefois directement affiliée en cette qualité : conjoints et enfants majeurs de Français, de réfugiés ou de ressortissants européens notamment. Aussi, le Défenseur recommande d'exonérer ces personnes de la condition de résidence antérieure de trois mois.

Prévenir le risque de refus de soins auquel se trouvent particulièrement exposés les étrangers

Refus de soins discriminatoires à raison de la nationalité : saisi d'un refus de soins opposé à une personne étrangère bénéficiaire de la CMU-C au motif de l'irrégularité de son séjour, le Défenseur a estimé qu'un tel refus constituait une discrimination à raison de la nationalité. Le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que soit rappelé à l'ensemble des établissements de santé, privés comme publics, qu'il ne leur appartient de se substituer aux CPAM pour contrôler le droit au séjour des étrangers qui se présentent à leurs services.

Refus de soins fondés sur le type de protection maladie : de tels refus subsistent en dépit de leur prohibition par la loi (*voir, pour des observations portées devant la juridiction ordinaire* : [MSP-2015-039](#)). Alors qu'une circulaire du 30 juin 2008 a permis de développer un suivi quantitatif et qualitatif des refus de soins opposés aux personnes relevant de la CMU-C, aucun dispositif comparable n'existe s'agissant des refus opposés aux bénéficiaires de l'AME. Ces derniers sont pourtant, du fait des contraintes administratives plus lourdes qu'impliquent leur prise en charge, particulièrement exposés à de tels refus. Aussi, le Défenseur recommande la mise en place d'un suivi quantitatif et qualitatif des refus de soins opposés aux bénéficiaires de l'AME ainsi que l'organisation de campagnes d'information à destination des professionnels – notamment libéraux – pour les sensibiliser à la notion de refus de soins opposés aux bénéficiaires de l'AME. Il demande en outre aux fédérations hospitalières de faire preuve de vigilance quant au respect, par leurs établissements membres, du droit applicable aux ressortissants étrangers en matière d'accès aux soins.

Refus d'IVG opposés à des femmes étrangères démunies et sans droits ouvrables : de tels refus ont pu être opposés, en premier lieu, à des personnes en séjour irrégulier mais ne pouvant bénéfi-

cier de l'AME car séjournant en France depuis moins de trois mois. Pourtant, ces personnes relèvent du dispositif des soins urgents et vitaux (DSUV), au titre desquels l'IVG figure expressément. Le Défenseur recommande donc que la portée de ce dispositif soit rappelée à l'ensemble des établissements de santé. En second lieu, et de façon plus problématique, ces refus d'IVG ont pu être opposés à des personnes en séjour régulier mais non affiliées à l'Assurance maladie car séjournant en France depuis moins de trois mois. Du fait de leur situation régulière, ces personnes ne relèvent pas du DSUV. Il leur a donc été demandé d'avancer les frais de l'intervention. Le Défenseur procédera à l'instruction approfondie de ces dossiers avant de rendre une décision cadre sur ces refus. D'ores et déjà, il recommande que la loi soit modifiée pour inclure au titre des bénéficiaires du DSUV les étrangers sans droits ouvrables, séjournant régulièrement en France, et ayant vocation à s'y installer durablement.

B. LE DROIT AU LOGEMENT ET À L'HÉBERGEMENT D'URGENCE

Prévenir les risques de discriminations fondées sur la nationalité en matière d'accès au logement

Les étrangers ressortissants de pays tiers à l'UE sont surreprésentés parmi les personnes reconnues prioritaires au titre de la procédure du droit au logement opposable créée en 2007. Cette situation témoigne des difficultés plus grandes qu'ils rencontrent en matière d'accès au logement. Ils semblent en effet constituer une cible privilégiée de discriminations. Le Défenseur des droits, et avant lui la Halde, ont d'ailleurs été saisi, à plusieurs reprises, de situations constitutives de discriminations directement fondées sur la nationalité ou fondées sur l'origine et susceptibles d'avoir, indirectement, affecté des étrangers: il s'agissait en général de cas de bailleurs, privés ou professionnels ayant opéré une sélection des candidats à la location sur la base de critères discriminatoires (*Halde*: [2006-130](#) ; [2007-190](#) ; [2009-312](#) ; *Défenseur des droits* : [2012-136](#)). Le décret n°2015-1437 du 5 novembre 2015 pris en application de la loi ALUR fixe la liste limitative des pièces susceptibles d'être exigées d'un candidat à la location par un bailleur privé. Ce décret pourrait, de façon incidente, encourager les bailleurs privés à contrôler la nationalité et la régularité du séjour des étrangers candidats à la location. Par ailleurs, en prévoyant que les justificatifs d'identité à fournir doivent comporter une signature, il pourrait entraver l'accès au logement des ressortissants de certaines nationalités, et notamment des ressortissants roumains, la carte d'identité roumaine ne comportant pas la signature de son titulaire.

Réaffirmer l'inconditionnalité du droit à l'hébergement d'urgence

Dans le contexte d'une jurisprudence administrative restrictive développée notamment à l'égard des déboutés du droit d'asile, le Défenseur des droits entend rappeler le caractère inconditionnel du droit à l'hébergement d'urgence consacré par la loi. Il incombe aux pouvoirs publics de tout mettre en œuvre pour produire une offre d'hébergement adéquate, la sélection des personnes concernées ne pouvant, en tout état de cause, constituer la variable d'ajustement. Par ailleurs, lorsqu'elles se trouvent confrontées à des situations d'extrême vulnérabilité, caractérisées notamment par la présence d'enfants en bas âge, de personnes âgées, malades ou encore handicapées, les autorités publiques se trouvent tenues à une obligation de moyens renforcée. Ainsi, dans deux décisions, le Défenseur a estimé que le refus d'accorder un hébergement d'urgence à des familles déboutées du droit d'asile se trouvant dans des situations d'extrême vulnérabilité contrevenait à plusieurs textes internationaux, et en particulier à l'intérêt supérieur de l'enfant ([MDE-MSP-MLD-2015-154](#) et [MDE-MSP-MLD-2015-156](#)).

Garantir l'effectivité du droit des demandeurs d'asile à bénéficier de conditions matérielles d'accueil décentes

Aux termes du droit européen, tout demandeur d'asile doit bénéficier de conditions minimales d'accueil décentes comprenant le logement, la nourriture, l'habillement, ainsi qu'une allocation journalière. Or, à plusieurs reprises, le Défenseur a pointé les difficultés rencontrées par les demandeurs d'asile pour accéder à ces conditions matérielles d'accueil, notamment dans le cadre d'observations portées devant la Cour EDH ([MSP-2014-087](#) et [MSP-2015-221](#)). Poursuivant l'objectif de mettre le droit interne en conformité avec les exigences européennes, la réforme de l'asile entrée en vigueur en juillet 2015, a modifié, sur plusieurs points, les modalités d'accès aux conditions matérielles d'accueil ainsi que la teneur même de ces conditions. S'il est encore trop tôt pour appréhender l'ensemble des retombées de la réforme, le Défenseur a néanmoins d'ores et déjà connaissance de certaines difficultés relatives à sa mise en œuvre, et notamment à la mise en place de l'allocation pour demandeurs d'asile (ADA) qui remplace, depuis le 1^{er} novembre 2015 l'allocation mensuelle de subsistance (AMS) et l'allocation temporaire d'attente (ATA), respectivement versées auparavant aux demandeurs d'asile selon qu'ils étaient ou non hébergés en centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA).

Modalités de versement de l'ADA : dans son avis n°[14-10](#), le Défenseur demandait au pouvoir réglementaire de tenir en compte, lors de la détermination du montant de l'ADA, des exigences fixées par

le droit de l'UE. À cet égard, le décret du 21 octobre 2015, qui fixe le barème et les modalités de versement de l'allocation soulève plusieurs difficultés: d'abord parce que la majoration prévue au bénéfice des demandeurs d'asile non hébergés ne tient pas compte du nombre d'enfants composant la famille ; ensuite parce que les montants retenus représentent, pour beaucoup de demandeurs d'asile, et notamment les demandeurs d'asile hébergés dans les centres d'hébergement d'urgence de droit commun, une perte significative en comparaison de ce qu'ils pouvaient percevoir sous l'empire de l'ancienne législation ; enfin parce qu'il ajoute des possibilités de suspension des versements non prévues par loi, notamment lorsque le demandeur d'asile se serait, sans justification valable, absenté de son lieu d'hébergement pendant plus de cinq jours. Aussi, le Défenseur recommande : que les demandeurs d'asile hébergés *via* le dispositif de veille sociale bénéficient également de la majoration prévue pour les demandeurs d'asile non hébergés ; que le montant de cette majoration soit modulé en fonction du nombre de personnes composant la famille, enfants inclus ; que les motifs de suspension de l'ADA introduits par le décret et non prévus par la loi soient supprimés.

Traitement des dossiers de demandes d'ADA : le transfert des compétences de l'attribution des conditions matérielles d'accueil à l'OFII a conduit à des interruptions de paiement plaçant certains demandeurs d'asile dans des situations de dénuement. Aussi, le Défenseur demande que tous les demandeurs d'asile se voient verser dans les plus brefs délais, et avec effet rétroactif, les allocations auxquelles ils ont droit depuis le 1^{er} novembre 2015. À ces interruptions de paiement s'ajoutent par ailleurs d'importantes lacunes dans l'information délivrée aux demandeurs d'asile. C'est pourquoi le Défenseur recommande : que tous les demandeurs bénéficient, dans les guichets uniques, d'une information dans une langue qu'ils comprennent, notamment s'agissant de l'offre de prise en charge qui leur est faite et des conséquences d'un refus de cette offre ; qu'une attestation confirmant le dépôt d'un dossier de demande d'ADA leur soit délivrée ; que les attestations de paiement de l'ADA précisent les éléments retenus pour le calcul du montant de l'allocation afin de permettre le cas échéant, la contestation de ces éléments.

Cas des personnes demandant le réexamen de leur demande d'asile : le Défenseur recommande de garantir à ces dernières un accès effectif aux conditions matérielles d'accueil. En effet, il semble qu'elles se heurtent à des difficultés spécifiques, certains guichets leur opposant systématiquement, et oralement, des refus d'ADA. La loi prévoit que les droits à l'ADA des personnes en réexamen soient envisagés au cas par cas, en tenant compte des situations de vulnérabilité particulière.

Par ailleurs, lorsqu'un refus de prestations est envisagé, il doit être notifié par décision écrite et motivée.

Situation dérogatoire des demandeurs d'asile de Mayotte : le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que les conditions matérielles d'accueil proposées aux demandeurs d'asile de Mayotte soient alignées sur celles offertes sur l'ensemble du territoire métropolitain. En effet, les demandeurs d'asile de Mayotte n'ont pas accès à un CADA mais seulement à une « *structure bénéficiant de financements du ministère chargé de l'asile pour l'accueil de demandeurs d'asile* » et perçoivent, en lieu et place de l'allocation de droit commun, des « *aides matérielles* ».

C. LE DROIT À UNE PROTECTION SOCIALE

Lever les discriminations légales à l'accès aux prestations sociales des étrangers en situation régulière

Si le critère de l'appartenance nationale a pu un temps être regardé comme légitime pour délimiter le champ des bénéficiaires des prestations sociales, il a toutefois été écarté, dans le courant des années 1990, au profit du critère de la résidence en France. À côté, un autre critère, spécifique aux étrangers, est admis : celui de la régularité du séjour. Si le Défenseur n'entend pas se prononcer sur la légitimité de ces deux critères, il a en revanche dénoncé, à plusieurs reprises, les discriminations résultant d'autres conditions qui, sous prétexte de contrôler la satisfaction des critères de résidence habituelle en France ou de régularité de séjour, visent en réalité spécifiquement les étrangers. Ces discriminations, que l'on peut qualifier de « légales », sont susceptibles de s'opposer à certaines normes internationales.

Accès aux prestations familiales : à de nombreuses reprises, le Défenseur, et avant lui, la Défenseure des enfants, la Halde et le Médiateur de la République, ont pointé le caractère discriminatoire des dispositions du code de la sécurité sociale imposant aux étrangers sollicitant le bénéfice des prestations familiales de justifier, non plus seulement de la régularité de leur séjour, mais également de ce que leurs enfants sont entrés en France par la voie du regroupement familial. Dans un contexte jurisprudentiel de plus en plus incertain, où le caractère discriminatoire des dispositions du code de la sécurité sociale n'était admis que pour certaines nationalités sur le fondement de différentes conventions internationales (accords UE/pays tiers ; conventions bilatérales de Sécurité sociale ; conventions OIT), le Défenseur a présenté des observations devant la Cour EDH ([MLD-MDE-MSP-2014-082](#)). Par décision du 1^{er} octobre 2015, la Cour a jugé que le dispositif prévu par le code de la sécurité sociale n'était pas

contraire aux articles 8 et 14 de la Convention EDH. Paris ailleurs, la Cour de cassation, qui a d'ores et déjà jugé discriminatoires les refus de prestations familiales opposés à des ressortissants algériens, turcs, marocains, camerounais et bosniaques. Cette jurisprudence introduit des différences de traitement entre enfants étrangers, selon leur nationalité. C'est pourquoi le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que la loi soit modifiée pour ne subordonner le versement des prestations familiales qu'à la seule condition de la régularité du séjour des parents. Dans l'attente, le Défenseur continue de porter des observations devant les juridictions saisies par les réclamants, en se fondant sur les clauses d'égalité de traitement contenues dans les accords d'association conclus par l'UE, les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la France, ainsi que les conventions n°118 et 97 de l'OIT.

Accès aux minima sociaux : à plusieurs reprises, la Halde a dénoncé le caractère discriminatoire de la condition de résidence préalable fixée à l'égard des seuls étrangers pour l'accès à certain minima sociaux. Le Conseil constitutionnel puis le Conseil d'État ayant respectivement jugé que cette condition, lorsqu'elle était exigée pour l'accès au revenu de solidarité active (RSA), était conforme au principe d'égalité ainsi qu'aux articles 14 et 1^{er} du protocole n°1 de la Convention EDH, le Défenseur a décidé de ne plus présenter d'observations dans ce cadre et de concentrer ses interventions sur la condition de résidence préalable imposée aux étrangers âgés pour le bénéfice de l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA). À cet égard, il prend acte avec satisfaction d'une instruction de la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV) précisant l'inopposabilité de la condition de résidence préalable aux Algériens, cette condition étant contraire aux Accords d'Evian. Il recommande la publication de cette instruction. Par ailleurs, pour mettre un terme définitif aux discriminations qu'elle instaure, il recommande plus généralement que le législateur supprime la condition de séjour préalable fixée pour l'accès à l'ASPA et à l'ASI ou, à défaut, qu'il diminue de façon sensible la durée de cette résidence préalable, fixée à dix ans, une telle durée étant disproportionnée au regard de l'objectif spécifique d'assistance aux personnes âgées les plus démunies poursuivi par ces prestations (*voir notamment* : [MLD-2012-84](#)). Le Défenseur continue de porter des observations devant les juridictions saisies de refus d'ASPA en convoquant différents textes du droit international.

Inscription au Pôle emploi : celle-ci est réservée aux étrangers titulaires de certains titres de séjour exhaustivement énumérés par le code du travail. Sont exclues : la carte de séjour « étudiant » ainsi que l'autorisation provisoire de séjour (APS) délivrée à l'étudiant titulaire d'un Master et souhaitant compléter sa formation par une première

expérience professionnelle. Pourtant, ces titres de séjour autorisent leurs titulaires à travailler. Considérant que cette exclusion institue des discriminations fondées sur la nationalité dans l'accès au Pôle emploi, le Défenseur recommande que les deux titres précités soient inclus à la liste limitative des titres de séjour admis pour l'inscription au Pôle emploi.

Prendre en compte les situations spécifiques ayant pour effet d'exclure des étrangers du bénéfice de certaines prestations

D'autres règles de droit commun tendent à exclure des étrangers du bénéfice de certaines prestations non pas qu'elles fixent à leur égard des conditions spécifiques, mais parce qu'elles ne tiennent pas compte de situations qui leur sont propres.

Cas des enfants recueillis par kafala : au terme d'une application stricte des dispositions du code de la sécurité sociale, les parents de ces derniers se voient systématiquement exclus du bénéfice de la prime à l'adoption et du versement différé de l'allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant (PAJE). En effet, les CAF exigent, pour le versement de ces prestations, la production de documents justifiant l'adoption alors que, précisément, le recueil par *kafala* est une alternative à l'adoption plénière prévue dans les pays qui interdisent cette procédure. Le Défenseur estime qu'il s'agit de discrimination indirecte fondée sur la nationalité ([MLD-MDE-MSP-2015-206](#) et [MSP-MLD-MDE-2016-004](#)), et il recommande que la loi soit modifiée pour mettre fin à cette exclusion.

Cas des veuves marocaines mariées avant l'âge de quinze ans : le Défenseur a été saisi par le président de la Caisse de la sécurité sociale des mines (CANSSM) d'une demande d'avis concernant l'attribution de pensions de réversion aux veuves de mineurs marocains mariées avant l'âge de quinze ans. Ces mariages, contrairement au droit marocain alors en vigueur, seraient entachés de nullité et justifieraient un refus de prestation. Relevante que la CANSSM ne pouvait écarter les actes de mariage produits sans introduire au préalable une action juridictionnelle, le Défenseur a émis des réserves quant à l'opportunité d'une telle action, en raison, de son caractère peu équitable au regard de la situation des intéressées (*Avis n°2015-07 du 22 avril 2015*). À la suite de cet avis, la CANSSM a décidé de liquider les pensions dont les demandes étaient en cours d'instruction et celles faisant l'objet d'une réclamation à la suite d'un rejet de prestation et de se désister des contentieux en cours. Le Défenseur recommande la réouverture des dossiers, pour les années 2013 et 2014, des veuves qui se seraient vu opposer un refus de pension, qu'elles aient ou non introduit un recours.

D. LE DROIT AU TRAVAIL

La prohibition des discriminations fondées sur la nationalité connaît, en matière d'emploi des étrangers, d'importantes exceptions institutionnalisées par le droit. Or, l'exclusion de l'accès à certains emplois d'étrangers déjà autorisés à séjourner et travailler en France au seul motif de leur nationalité les rend vulnérables et pose en pratique de nombreux problèmes. Dans ce contexte, le Défenseur formule les recommandations suivantes :

Adopter une liste de métiers « en tension » unique et corrélée aux évolutions de la conjoncture économique

Lorsqu'il n'est pas déjà autorisé à séjourner en France, l'étranger qui sollicite une autorisation de travail en vue d'occuper un emploi se voit en général opposer la situation de l'emploi : l'employeur qui envisage de le recruter doit justifier qu'il n'existe, sur le marché du travail national, aucune personne susceptible d'occuper le poste. Toutefois, la situation de l'emploi n'est pas opposable lorsque la demande d'autorisation travail est formulée pour un métier caractérisé par des difficultés de recrutements. Or, ces métiers dits « en tension » varient selon la nationalité des étrangers qui sollicitent une autorisation travail : à côté des listes établies région par région pour identifier ces métiers « en tension », plusieurs accords bilatéraux fixent en effet leurs propres listes. Par ailleurs, les Tunisiens et les Algériens ne sont pas concernés par de ces listes en raison des conventions spéciales dont relève leur droit au séjour. Le Défenseur estime que la coexistence de ces différentes listes tend à vider de son sens la notion de métier « en tension » et crée des différences de traitements injustifiées entre étrangers. Il recommande ainsi de procéder à une harmonisation de ces listes de métiers. Ces listes harmonisées devront faire l'objet de révisions régulières pour tenir compte des évolutions de la conjoncture économique. La possibilité de se prévaloir de ces listes doit par ailleurs être ouverte aux ressortissants algériens et tunisiens.

Ouvrir les emplois dont l'accès demeure subordonné à une condition de nationalité

En dépit d'évolutions particulièrement sensibles à l'égard des Européens, mais également notables à l'égard des ressortissants de pays tiers à l'UE, l'accès à certains emplois demeure subordonné à une condition de nationalité française. Ces emplois se situent essentiellement, mais pas exclusivement, dans le secteur public. Par ailleurs, d'autres emplois, notamment parmi les professions libérales, se trouvent réservés aux ressortissants de l'Union européenne ou de pays ayant conclu avec la France une convention de réciprocité.

En 2009, la Halde avait estimé que ces restrictions, ne reposaient sur aucune justification légitime ([2009-139](#)). Le Défenseur relève que la situation des emplois fermés n'a pas beaucoup évolué depuis 2009. Dix ans plus tard, le rapport précité de la Commission des lois précisait que, sur ces 52 métiers, seule une petite dizaine avait été ouverte aux étrangers. Depuis, quelques autres dispositions ont été prises ponctuellement pour supprimer la condition de nationalité. En outre, le législateur a assoupli la condition de nationalité européenne fixée pour l'accès aux professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, celles-ci étant désormais ouvertes aux étrangers non européens dès lors qu'ils ont obtenu leurs diplômes en France. Toutefois, nombre des restrictions relevées en 1999 demeurent d'actualité. Poursuivant cette analyse, le Défenseur recommande : de procéder au recensement des emplois demeurant fermés aux étrangers dans le secteur privé, les dernières données exhaustives en la matière datant de 2009 ; de supprimer les conditions de nationalité fixées pour l'accès aux trois fonctions publiques, aux emplois des établissements et entreprises publics, ainsi qu'aux emplois du secteur privé, à l'exception de ceux relevant de la souveraineté nationale et de l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Faciliter l'inscription à l'ordre des médecins diplômés hors de l'UE

Bien que l'accès à les professions de médecins, chirurgien-dentiste et sage-femme et dentistes soient subordonné à la détention d'un diplôme français ou européen, des procédures dérogatoires ont été ouvertes, dès 1972, pour permettre aux personnes titulaires de diplômes étrangers d'exercer ces professions. Ces recrutements, qui ont permis de pallier un manque structurel de praticiens, ont été effectués sous couvert de statuts contractuels, plus précaires. Pour y mettre un terme, le législateur a créé, en 1999, une nouvelle procédure d'autorisation d'exercice (NPA) qui devait permettre l'inscription à l'ordre des médecins exerçant sous couvert de ces statuts précaires. Parallèlement, la loi prohibait tout nouveau recrutement sous ces statuts. Toutefois ce dispositif, en raison de plusieurs carences pointées par la Halde ([2005-57](#), [2005-56](#) et [2006-250](#)), n'a pas permis les régularisations escomptées. Si, depuis, la procédure d'autorisation d'exercice (PAE) a été améliorée, de nombreux médecins diplômés hors de l'Union européenne exercent néanmoins toujours leurs fonctions sous couvert de statuts différenciés, soit qu'ils refusent de se soumettre à la PAE qu'ils jugent illégitime, soit qu'ils renoncent à épuiser leurs droits à présentation à cette procédure, soit encore, qu'ils poursuivent leur exercice après avoir échoué trois fois à la procédure. En outre, les recrutements sous statuts particu-

liers ont perduré, conduisant le législateur à prévoir des systèmes de régularisation a posteriori. Dans ce contexte, le Défenseur a demandé à la ministre des Affaires sociales et de la Santé de mener une enquête nationale pour déterminer le nombre de médecins à diplômes obtenus hors UE exerçant en France et établir un recensement des besoins en ressources humaines médicales, par région et par discipline, cette enquête devant permettre de définir les modalités de reclassement des praticiens. En dehors d'éventuelles réorientations vers d'autres activités liées aux soins, une réflexion sur la façon dont les responsabilités réelles acquises par ces médecins pourraient être prises en compte par des procédures de validation des compétences devrait être amorcée.

Élargir le droit au travail des demandeurs d'asile

En prévoyant que les demandeurs d'asile puissent accéder au marché du travail passé un délai de 9 mois, la réforme du droit d'asile adoptée en juillet 2015 transpose les exigences du droit de l'UE en la matière. Toutefois, le Défenseur regrette que cette transposition ait été effectuée *a minima*. En effet, si le droit de l'UE impose aux États de garantir l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile dont la demande demeure sans réponse passé un délai de 9 mois, il ne leur interdit pas de l'autoriser plus en amont. Par ailleurs, le droit de l'UE prévoit que les États peuvent autoriser l'accès des demandeurs d'asile à la formation professionnelle, que ceux-ci aient ou non accès au marché du travail. Or, cette possibilité n'a pas été retenue par le législateur français. Pourtant, il importe, au regard du besoin de protection particulier qui est le leur, d'offrir aux demandeurs d'asile les meilleures perspectives d'intégration possible. C'est pourquoi le Défenseur recommande que la loi soit modifiée pour : permettre aux demandeurs d'asile de solliciter, dès le début de la procédure, une autorisation provisoire de travail dans les conditions de droit commun ; prévoir l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile sans que ne leur soit opposable la situation de l'emploi lorsque, passé un délai de 9 mois, il n'a pas encore été statué sur leur demande ; ouvrir aux demandeurs d'asile, dès le début de la procédure, le bénéfice des actions de formations professionnelles prévues par le code du travail. Par ailleurs, le Défenseur relève que, tandis que les anciennes dispositions du CESEDA prévoyaient, conformément aux exigences européennes, l'accès au marché du travail pendant toute la procédure, la nouvelle loi ne fait aucune mention des personnes ayant introduit un recours devant la CNDA. Aussi, il recommande que la loi soit modifiée pour prévoir expressément l'accès au marché du travail des demandeurs d'asile ayant déposé un recours suspensif devant la CNDA.

LE CONTRÔLE DES ÉTRANGERS : LES DROITS FONDAMENTAUX À L'ÉPREUVE D'UNE LOGIQUE DE SUSPICION ACCRUE

Dans un contexte où la lutte contre l'immigration irrégulière est devenue une priorité nationale, la suspicion de fraude qui pèse de façon accrue sur les étrangers a des conséquences négatives sur le respect de leurs droits fondamentaux, les soumettant à des contrôles fréquents, ciblés et particulièrement intrusifs, au détriment du respect de leur dignité, de la liberté d'aller et venir ou du droit de mener une vie privée et familiale normale. Plusieurs exemples peuvent nourrir cette réflexion :

Le contrôle médical exercé sur les mineures menacées d'excision : en prévoyant que l'OFPPA puisse demander, « *tant que ce risque existe* », un certificat médical de non excision des mineures bénéficiant d'une protection internationale en raison de leur exposition à un tel risque, la loi du 29 juillet 2015 a conféré une base légale à une pratique très contestée qui contraint les mineures à subir régulièrement des examens gynécologiques ou « simplement » visuels non dénués de tout caractère traumatique. Or, les mesures visant à prévenir un risque d'excision ne devraient pas être cantonnées aux seules bénéficiaires d'une protection internationale mais viser la protection de toutes les jeunes filles susceptibles d'être concernées (*Avis n°14-10, précité*). C'est le but du protocole type établi par le Défenseur à destination des professionnels des centres de vaccinations internationales, des médecins traitants et des médecins scolaires, pour préciser la conduite à tenir en cas de suspicion d'un risque d'excision ([MDE-MSP-2014-185](#)).

Le contrôle renforcé des bénéficiaires de la carte de séjour pluriannuelle : en même temps qu'elle généralise la délivrance des titres de séjour pluriannuels, la loi du 7 mars 2016 ouvre aux préfets des prérogatives sans précédent en matière de contrôle des étrangers, ces derniers ayant désormais la possibilité de solliciter de certaines administrations la délivrance de toute pièce ou information utile, sans que le secret professionnel autre que médical ne puisse leur être opposé. A cela s'ajoute l'obligation, pour l'étranger, de pouvoir justifier à tout moment de ce qu'il continue à satisfaire les conditions requises pour la délivrance de son titre. Dans ses avis n°15-17 et 16-02 précités, le Défenseur avait recommandé la suppression de ces dispositions. Bien que le législateur ait finalement prévu quelques garanties supplémentaires, le dispositif adopté demeure largement disproportionné au regard des objectifs qu'il poursuit, notamment en ce qu'il ne permet pas la pleine opposabilité du secret professionnel, ni n'envisage de contrôle judiciaire de ces mesures.

Les contrôles ciblés de la résidence des migrants âgés vivant en foyer : lors de son audition par la Mission d'information parlementaire sur les immigrés âgés du 7 février 2013, l'adjointe au Défenseur des droits chargée de la lutte contre les discriminations a constaté que certaines caisses pourvoyeuses exerçaient, pour vérifier la condition de résidence à laquelle se trouve subordonné le versement de prestations sociales, des contrôles ciblés visant principalement les foyers de vieux migrants. Au terme de ces contrôles, certains migrants, qui effectuaient des séjours réguliers dans leur pays d'origine, se sont non seulement vus suspendre le versement de leurs prestations, mais également poursuivis pour fraude. Or, les enquêtes menées par la Halde puis le Défenseur ont révélé que les caisses procédaient à une interprétation restrictive de la condition de résidence non conforme aux dispositions réglementaires en vigueur. En outre, les poursuites pour fraude sont apparues particulièrement inopportunes dès lors que les vieux migrants n'étaient pas été informés, pour la plupart, des risques qu'ils prenaient en quittant leur foyer pour des séjours de plusieurs mois. Par ailleurs, l'adjointe au Défenseur a dénoncé des méthodes de contrôle peu respectueuses des droits des personnes et tendant à leur conférer l'apparence de contrôles policiers. Le Défenseur a donc recommandé de procéder à un rappel du droit applicable au contrôle de la résidence et de développer des méthodes des contrôles plus respectueuses des droits des personnes. Alors qu'à la suite du rapport parlementaire publié en 2013, ces contrôles ciblés semblaient avoir diminué, le Défenseur s'inquiète de leur actuelle résurgence, attestée par certains articles de presse récents.

E. LE DROIT AU COMPTE

Assurer que la mise en œuvre des obligations de contrôle des banques n'entrave pas le droit au compte des étrangers

Avant de procéder à l'ouverture d'un compte, les établissements de crédits sont tenus de vérifier l'identité et la domiciliation du postulant. Or, la Halde puis le Défenseur ont été saisis des pratiques de certaines banques qui, sous couvert de procéder à ces vérifications, contrôlaient en réalité la régularité du séjour des postulants. De telles pratiques contreviennent non seulement au droit au compte consacré par le code monétaire et financier, mais sont également constitutives de discriminations fondées sur la nationalité dans l'accès aux biens et services passibles de sanctions pénales (*voir par exemple* : [MLD-2015-302](#)). Par ailleurs, le Défenseur a été saisi des refus de certaines

banques d'accepter, comme justificatifs d'identité, d'une part les récépissés de demande de titre de séjour et, d'autre part, les cartes d'identité roumaines au motif que celles-ci ne comportent pas de signature. Ces pratiques se fondaient sur les dispositions d'un arrêté ministériel qui, à la suite des recommandations du Défenseur, a été modifié pour inclure expressément les deux documents litigieux à la liste des justificatifs d'identité admis pour l'ouverture d'un compte ([MLD-2015-098](#)).

Garantir le droit des étrangers à accéder à leur compte

Il arrive que des étrangers se voient refuser l'accès à leur propre compte (retraits de fonds, demande de RIB, etc.) au motif que le titre de séjour ou d'identité ayant permis l'ouverture de leur compte a expiré (*par exemple* : [Halde, 2006-245](#)). Ces refus, jugés contraires au droit interne par la Cour de cassation, pourraient également contrevenir aux articles 1^{er} du protocole n°1 et 14 combinés de la Convention EDH. Aussi, le Défenseur recommande qu'un rappel du droit applicable soit effectué auprès des établissements bancaires.

III. LES DROITS SPÉCIFIQUES AUX MINEURS

Le nombre des mineurs non accompagnés présents sur le territoire, s'il est estimé entre 8 000 et 10 000 (*sources* : [Eurostats 2014](#)), n'est pas officiellement établi. Le Défenseur des droits – et avant lui, la Défenseuse des enfants – est régulièrement saisi de réclamations soulevant des questions relatives à l'accueil, la prise en charge et la protection des mineurs non accompagnés en France.

L'enfant bénéficie d'une protection spéciale, expressément rappelée par la récente loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance. À ce titre, les mineurs non accompagnés peuvent bénéficier d'une prise en charge. Constatant non seulement que la protection des mineurs non accompagnés présente certaines défaillances, mais également que l'extranéité constitue, plus largement, un facteur d'entraves à la protection des mineurs étrangers, accompagnés ou non, le Défenseur formule des recommandations visant à renforcer l'effectivité des droits suivants :

A. LE DROIT DES MINEURS NON ACCOMPAGNÉS À UNE PROTECTION

Veiller au respect de la procédure de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation préalable à la prise en charge des mineurs non accompagnés

Cette procédure, établie par une circulaire du 31 mai 2013 puis complétée par une circulaire interministérielle du 25 janvier 2016, vise à harmoniser les pratiques développées pour s'assurer de la

minorité et de l'isolement des jeunes étrangers, une prise en charge par un service de l'aide sociale à l'enfance (ASE). À titre liminaire, le Défenseur rejoint le constat dressé par les Inspections générales s'agissant de la confusion entretenue par ces circulaires entre les notions d'isolement et de danger. Alors que c'est l'existence d'un danger qui fonde la nécessité d'une mesure de protection, les circulaires sont en effet silencieuses sur cette notion et engagent seulement à vérifier l'isolement du jeune. Or, celui-ci ne coïncide pas nécessairement avec l'existence d'un danger. Aussi, le Défenseur demande que : les conseils départementaux et l'autorité judiciaire interprètent la notion d'isolement au sens strict de la loi, c'est-à-dire comme la situation de tout enfant « *privé temporairement ou définitivement de sa famille* », et ne la retiennent que comme un élément parmi d'autres d'appréciation du danger ; le décret d'application à venir de la loi relative à la protection de l'enfance précise cette notion de danger.

Le recueil provisoire : alors que la loi prévoit que le jeune se déclarant mineur bénéficie d'un recueil provisoire d'urgence pendant 5 jours, ce recueil est, dans les faits, trop souvent inexistant ou inadapté (hôtels inopportuns, hébergements insalubres, absence de prise en compte de la vulnérabilité particulière de certains mineurs, etc.). Par ailleurs, en dépit des délais légaux, la phase d'évaluation peut parfois durer plusieurs mois. Ce sont autant de mois durant lesquels le jeune peut, faute d'accueil adéquat, se trouver déscolarisé, sans suivi éducatif ni même parfois médical ([MDE-2014-127](#)). Aussi, la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 n'est pas venue rappeler le caractère impératif du recueil provisoire et le Défenseur recommande qu'un tel rappel soit fait.

L'évaluation socio-éducative : celle-ci doit ne pas seulement contribuer à estimer l'âge du mineur mais également permettre de déterminer son degré d'isolement ainsi que les éléments spécifiques de vulnérabilité appelant une protection particulière. Elle suppose que les entretiens soient menés avec bienveillance, par du personnel qualifié et formé, et dans l'intérêt supérieur de l'enfant ([MDE-2012-179](#)). Par ailleurs, constatant que certains jeunes sont présentés aux services de police ou placés en rétention avant toute évaluation ou sur la seule base des résultats d'un test osseux (voir *supra*), le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce qu'il soit rappelé aux forces de police et de gendarmerie, par tous moyens, qu'un jeune étranger se disant mineur et isolé doit, avant toute autre forme d'investigation, être évalué par les services du conseil départemental ([MDE-2012-179](#) ; [MDE-2015-157](#)).

La vérification des actes d'état civil : ces documents, qui bénéficient, au terme de l'article 47 du code civil, d'une présomption d'authenticité, participent au faisceau d'indices au regard desquels il doit être statué sur la minorité du jeune. À cet égard, les circulaires — de même que la loi désormais — précisent que les examens d'âges osseux ne peuvent intervenir qu'en cas de doute persistant, lorsque les éléments recueillis par le biais de l'évaluation socio-éducative et l'examen des documents d'état civil présentés ne suffisent pas à établir la minorité. Or, le Défenseur constate que les lectures de l'article 47 du code civil varient sensiblement d'un département à l'autre, conduisant à ce que des jeunes se voient déclarés majeurs après avoir subi des examens d'âges osseux sans qu'aient été pris en compte les documents d'état civil présentés, ou du moins sans que leur validité n'ait été contestée. À cet égard, le Défenseur s'inquiète d'une régression introduite par la circulaire du 25 janvier 2016 : alors que la circulaire du 31 mai 2013 posait une présomption d'appartenance au jeune des documents d'état civil dont l'authenticité n'est pas contestée, la nouvelle circulaire conditionne la validité de l'acte à la possibilité de pouvoir le rattacher sans conteste à la personne intéressée. Outre qu'elle n'apparaît pas conforme à l'article 47 du code civil, cette formulation risque de soulever d'importantes difficultés pratiques, la majorité des actes d'état civil ne comportant pas de photographie. Par ailleurs, la circulaire du 25 janvier 2016 prévoit que les conseils départementaux puissent solliciter des vérifications auprès des services préfectoraux et les engagent à conclure avec ces derniers des protocoles visant à fluidifier les procédures de vérification. Dans ce contexte, le Défenseur recommande que les autorités procédant aux vérifications des actes d'état civil sollicitent, chaque fois qu'un doute persistant subsiste sur l'authenticité de l'acte, une levée d'acte auprès des autorités étrangères compétentes.

Le recours aux examens osseux : en même temps qu'elle légalise la méthode du faisceau d'indices préconisée par les circulaires pour l'évaluation de la minorité, la loi du 14 mars 2016 légalise, certes avec réserves, le recours aux examens osseux. Aussi, le Défenseur réitère sa position selon laquelle le recours à ces examens est inadapté, inefficace et attentatoire à la dignité des enfants ([MDE-2016-256](#)). Il recommande qu'il ne puisse plus y être recouru ou, à défaut, que l'autorité judiciaire chargée d'ordonner ces examens et d'en apprécier les conclusions veille scrupuleusement au respect du cadre fixé par la loi pour le recours à ces examens : le consentement libre et éclairé du jeune doit être préalablement recueilli et le doute doit profiter à l'intéressé.

Garantir l'accès aux droits et à la justice tout au long de la phase d'évaluation

Les décisions de non-lieu à assistance éducative prises par les départements n'étant pas systématiquement formalisées, certains jeunes évalués majeurs se trouvent entravés dans l'accès à leurs droits (saisine directe du juge des enfants, accès au dispositif d'hébergement d'urgence, etc.). Aussi, le Défenseur recommande que des dispositions soient prises pour que tout jeune évalué majeur puisse se voir remettre une copie de son évaluation, une décision motivée de non-admission au bénéfice de l'ASE mentionnant les voies et délais de recours, ainsi qu'une notice explicative d'accès aux droits. Par ailleurs, faute d'une jurisprudence claire sur la notion de capacité à agir en justice, leur accès au juge se trouve parfois entravé, le juge administratif et le juge des enfants déclinant chacun leur compétence pour connaître des refus d'admission à l'ASE. Dans ce contexte, le Défenseur a rappelé les garanties dont doit bénéficier tout jeune se disant majeur, quel que soit l'âge retenu à terme par les juridictions : convocation et audition de l'enfant doué de discernement ; droit à être assisté d'un avocat ; possibilité d'être accompagné par des représentants d'associations ou bénévoles ; notification de la décision de justice au jeune ainsi qu'à son conseil ([MDE 2016-052](#)).

Améliorer la qualité de la prise en charge et préparer le passage à la majorité

En conférant une base légale au principe d'une répartition des charges entre départements, la loi du 14 mars 2016 devrait leur permettre de mieux faire face à leurs obligations légales en matière d'assistance éducative. Toutefois, certaines difficultés sont encore susceptibles d'affecter la qualité de cette prise en charge. D'abord, il arrive qu'en cas d'orientation vers un autre département, le jeune fasse l'objet d'une nouvelle évaluation, souvent à son détriment. Aussi, le Défenseur recommande que le décret d'application à venir de la loi du 14 mars 2016 précise la notion d' « évaluation manifestement insuffisante », seule hypothèse à même de justifier qu'il soit procédé à une nouvelle évaluation du jeune. Ensuite, la qualité de prise en charge varie d'un département à l'autre : au niveau de l'hébergement d'abord, qui peut parfois se faire dans des hôtels inadaptés aux profils de certains jeunes fragiles ; au niveau du suivi éducatif ensuite, parfois inexistant, ou entravé par des difficultés de coopération entre les associations spécialisées et l'ASE ; au niveau de l'accompagnement juridique et administratif enfin, lequel, faute parfois d'une formation adéquate des travailleurs sociaux, peut s'avérer insuffisant. Aussi, le Défenseur recommande que l'hébergement en hôtel n'intervienne qu'en dernier recours et soit en tout état de cause proscrit pour les mineurs vulné-

rables, notamment ceux exposés à un risque de traite ; d'intégrer aux programmes de formation initiale et continue des écoles de travailleurs sociaux, lorsque ce n'est pas déjà le cas, des modules consacrés aux statut juridique et administratif des enfants non accompagnés ainsi qu'au droit des étrangers; d'assurer la pleine effectivité des dispositions de la loi du 14 mars en préparant, avec le jeune, son passage à la majorité via la construction d'un projet pour l'enfant tenant compte de son projet migratoire et de ses objectifs de vie.

Renforcer la protection des enfants exploités par des réseaux aux fins de commettre des délits

Regrettant que ces derniers soient considérés comme des délinquants plutôt que comme des mineurs en besoin de protection, le Défenseur recommande que l'Etat se dote d'un système efficace de protection des mineurs contre la traite, en assurant notamment une collecte des données permettant de mieux appréhender le phénomène, et en développant une véritable politique de prévention, d'identification des victimes et de répression.

B. MINORITÉ ET EXTRANÉITÉ : DEUX FACTEURS D'ENTRAVES AUX DROITS FONDAMENTAUX

Garantir un accès aux soins adaptés aux besoins spécifiques des mineurs non accompagnés

Le Défenseur recommande : qu'un bilan de santé soit systématiquement effectué dès le stade du recueil provisoire et de l'évaluation ; que, dans ce cadre, les ARS veillent, d'une part, à la diffusion de la liste des structures désignées pour réaliser ces bilans et, d'autre part, à la fluidité de la coopération entre ces structures et les conseils départementaux ; qu'au stade de la prise en charge, une attention particulière soit portée aux besoins en soins de santé mentale, lesquels peuvent être importants en raisons des éventuels traumatismes subis lors du parcours migratoire.

Assurer l'effectivité du droit des mineurs non accompagnés à solliciter une protection au titre de l'asile

Lorsqu'ils souhaitent solliciter une protection au titre de l'asile, les mineurs non accompagnés peuvent se heurter à des difficultés en lien avec l'obligation de disposer d'un administrateur *ad hoc* : délais de désignation excessivement longs ; administrateurs non formés aux procédures spécifiques à l'asile. Ces difficultés ont pour effet, à Calais notamment, de retarder les rapprochements familiaux susceptibles d'être opérés sur le fondement du règlement Dublin III. Aussi, le Défenseur

recommande : de garantir une information complète des mineurs sur les différents dispositifs juridiques qui s'offrent à eux, dans la perspective d'une stabilisation en France mais également d'un départ vers un Etat européen où résiderait un membre de leur famille ; d'assurer, le cas échéant, un accompagnement juridique dans les démarches engagées ; de prévoir des procédures simplifiées, efficaces et rapides pour permettre un rapprochement familial chaque fois que cela s'avère possible et dans l'intérêt du mineur ; doter les administrateurs *ad hoc* d'une formation aux différentes procédures d'asile.

Faciliter l'accès des mineurs de plus de 16 ans à l'emploi et à la formation professionnelle

En dépit de plusieurs dispositions favorables à l'emploi et à la formation professionnelle des mineurs de plus de 16 ans, ceux-ci rencontrent en pratique des difficultés pour obtenir les documents auxquels ils ont droit et dont ils ont besoin : carte de séjour valant autorisation de travail pour les mineurs confiés à l'ASE avant 16 ans ; autorisation de travail pour tout mineur sur le point de conclure un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation (*Avis n° 15-20, précité*). Si certains refus résultent d'une méconnaissance des textes applicables, d'autres reposent sur une interprétation des dispositions réglementaires du CESEDA confortée par la récente circulaire interministérielle du 25 mars 2016 et que le Défenseur estime erronée. Aussi, il recommande : que le CESEDA précise expressément que la notion d'activité professionnelle ouvrant droit à la délivrance anticipée d'une carte de séjour au mineur confié à l'ASE avant 16 ans inclut les contrats d'apprentissage et de professionnalisation ; que le code du travail précise expressément qu'une autorisation de travail est accordée de plein droit au mineur étranger qui la sollicite en vue de la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation ; que la circulaire du 25 mars 2016 soit modifiée dans un sens conforme aux dispositions réglementaires en vigueur.

Garantir le droit de tous les mineurs à être scolarisés

En France, la loi protège le droit de tous les enfants, quelle que soit leur nationalité, à être scolarisés dès l'âge de 3 ans (*pour un refus discriminatoire de scolarisation en petite section de maternelle : MLD-2012-33, observations du Défenseur suivies par le juge*). Aussi, le Défenseur estime que des refus de scolarisation opposés en raison du séjour irrégulier des parents constituent des discriminations prohibées passibles de sanctions pénales (*MDE-MLD-MSP-2014-163, non diffusable tant que le procureur de la République ne s'est pas prononcé*). Il en va de même de refus de scolarisation opposés en raison des conditions de vie des parents sur la commune, notamment lorsqu'ils vivent sur des campements illicites (bilan d'application de la circulaire intermi-

nistérielle du 26 août 2012 ; [MDE-MLD-2015-174](#), *observations non suivies par le juge*). À cet égard, il rappelle que l'absence de domiciliation légale et pérenne des enfants ne doit en aucun cas entraver leur droit être scolarisé, la résidence sur la commune devant s'entendre comme une « installation » susceptible d'être prouvée par tous moyens ([MDE-2013-92](#)). S'étant prononcé à plusieurs reprises sur le caractère stigmatisant de dispositifs spécifiquement dédiés à la scolarisation d'enfants vivant sur des campements illicites, il précise également que ces enfants doivent être scolarisés au sein des établissements scolaires, dans les conditions de droit commun ([MDE-2013-91](#) ; [MDE-2015-115](#)). Par ailleurs, ayant eu à connaître des difficultés de scolarisation plus spécifiquement rencontrées par les mineurs non accompagnés de plus de 16 ans, certains services d'ASE refusant de procéder à leur inscription, le Défenseur réitère ses recommandations tendant à ce que les conseils départementaux veillent à leur garantir un accès effectif à la scolarisation et à la formation professionnelle ([MDE-2014-127](#)).

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**LE DÉFENSEUR
DES DROITS**

Le droit en action



defenseurdesdroits.fr

7, rue Saint-Florentin
75409 Paris Cedex 08

Tél. : **09 69 39 00 00**

www.defenseurdesdroits.fr

Imprimerie de la Direction de l'information légale et administrative
N° 736160090-000516 – Dépôt légal : mai 2016



PEFC 10-31-2190 / Certifié PEFC



